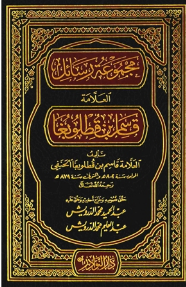
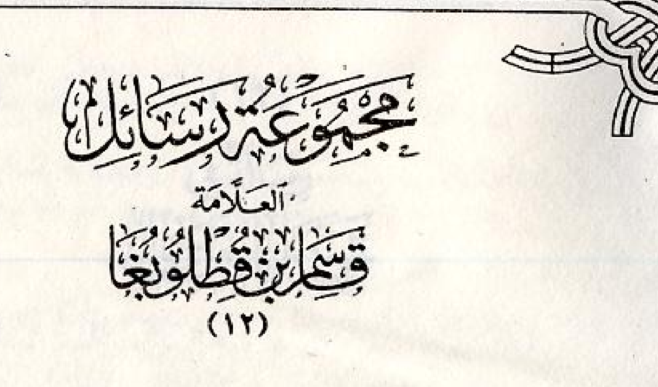

مجموعة رسائل
العلامة
قاسم بن قطلوبغا
تأليف
العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي
المولود سنة ٨٠٢ هـ والمتوفى سنة ٨٧٩ هـ
رحمه الله تعالى
حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه
عبد الحميد محمد الدرويش
عبد العليم محمد الدرويش
دار النوادر



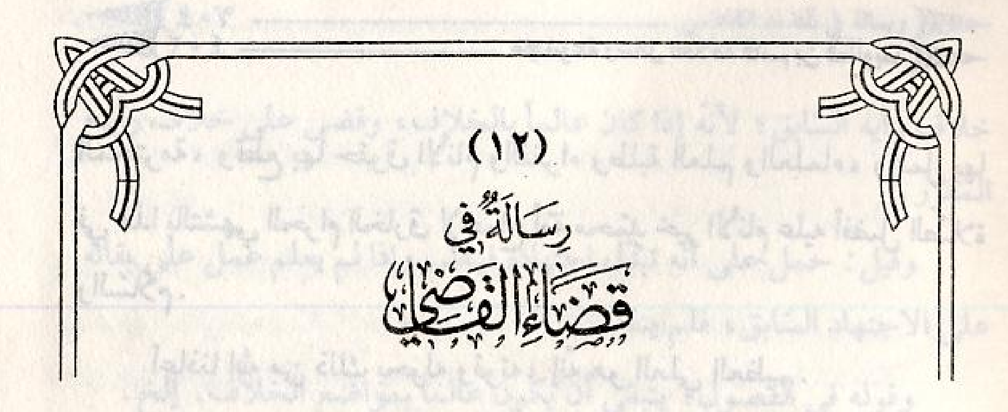
رسالة في قضاء القاضي

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى



قال ـ رحمه الله ـ:

قد سئلت عن قاضٍ مالكي قال: ثبت عندي: أنّ ذمّة فلانٍ [٤٨/ ب] كانت مشغولةً بالديون المستغرقة حال وقفه للأماكن المذكورة.

وسألت الحاكم الحنفي الذي حكم بصحّة الوقف، ولزومه ونفوذه، هل من مذهبكم الشريف أنّ أحكامكم بصحّة الأوقاف مانعة عن الحكم بمقتضى مذهب من يرى: أنّ وقفَ المديون المشغولة ذمّته بالديون المستغرقة، لا يصحُّ.

فأجابَ: بأنّ الأحكام المذكورة غير نافذة؛ لأني قصدت المتفق عليه، فحصل حكمي في محلٍّ مختلفٍ فيه، وهو وقف المديون، فلم تبعد، وحينئذٍ: فلا مانع للحاكم الذي يرى عدم صحّة الوقف أن يحكم بما يراه، فهل ما ذكره الحاكم الحنفي صحيحٌ معتبرٌ أم لا؟.

فكتبتُ:

الحمد لله، ربِّ زدني علماً.

ليس ما زعمه الحاكم الحنفي من عدم إحكام نفاذه بصحيحٍ، وما علّل به من أنه قصد المتّفق عليه، فحصل حكمه في محلٍّ مختلفٍ فيه، فلم ينفذ زلة عالمٍ خرق بها إجماع المسلمين، واستبيح بها الفروج المحرّمة، والأموال

المحترمة، وقطع بها حقوق الأنام والفقراء وطلبة العلم والعلماء، وعمل بها في هذا بالتشهي الحرام الخارق لإجماع أمّة محمّدٍ خير الأنامِ عليه أفضل الصّلاة والسّلام.

أعاذنا الله من ذلك بحوله وقوته، إنّه هو العلي العظيم.

وبيان ذلك: أن وضع المسألة في قضاء القاضي المجتهد في حادثةٍ له فيها رأيٌ مقدّرٌ قبل قضائه في تلك الحالة التي قصد فيها المتفق عليها، فحصل حكمه في المحل المختلف فيه، وهو لا يعلم، وهي القضاء بصحّة وقف المدپون، ثم بان أنّ قضاءه هذا على خلاف رأي المقر. وقبل هذه الحادثة.

والجواب حينئذٍ فيها: أنّه لم ينعقد قضاؤه.

وهذا ضابطٌ أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق، وصرّح به في الفصول. فقال القاضي: إذا قضى في محل الاجتهاد، وهو يرى خلافَ ذلك.

ذكر في بعض المواضع: أنه لا ينفذ. الخ.

وقد أغفلوا وهو يرى خلاف ذلك في كثير من المواضع، وهو مرادٌ بدليل تعليلهم بالفرع الذي أخذ منه هذا كما [٤٩/أ] سيأتي هذا.

وأمّا أنّه إذا وافق قضاؤه رأيه في المسألة وهو لا يعلم حالة قضائه في أنّ المسألة خلافٌ. فالقول: بأنه لم ينفذ قضاؤه كما زعم هذا القاضي، لم يصرّح به أحدٌ من علماء الإسلام، ولم ينظر في شيءٍ من كتب المسلمين فيما نعلم. والله أعلم.

ولا يعقلُ له معنى؛ لأنه إنّما نصّ على العلم أو عدمه فيما إذا قضى على

خلاف رأيه السّابق؛ لأنّه إذا كان عالماً بالخلاف، وقضى على خلاف رأيه المقرر.

وقيل: حمل على أنه تبدّل اجتهاده فينفذ. وإذا لم يعلم عمل على بقائه على الاجتهاد السّابق، فلم ينفذ.

وقوله في الفصول: ينبغي أن يكون عالماً بمواضع الخلاف. إلخ.

فهذا الذي ذكرنا لا للعلم.

وبيان هذا بالنّصوص الصّريحة في ذلك.

منها: قول الإمام حسام الدين الشهيد في الفتاوى الصغرى: إذا قضى في فصلٍ مجتهدٍ فيه، وهو لا يعلمُ بذلك، لا ينفذ؛ لأنّه ذكر في السِّير الكبير: رجلٌ مات وله مدبَّرون حتّى عتقوا، ثم جاء رجلٌ وأثبت[1] ديناً على الميت، فباعهم القاضي على ظنِّ أنَّهم عبيدٌ، وقضى بجوازه، ثم ظهر أنَّهم مدبَّرون، كان قضاؤه بذلك باطلاً، وإن قضى في فصلٍ مجتهدٍ فيه، وهو: جواز بيع المدبَّر، لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلاً. انتهى[2].

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (وأبت).

(٢) نسب صاحب البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٧/ ٤٨٨ ـ ٤٨٩) هذا الكلام لصاحب كتاب منية المفتي.

وقال صاحب رد المحتار (٢١/ ٣٩٥): مطلب: ما ينفذ من القضاء وما لا ينفذ.

(قوله: إذ حكم نفسه قبل ذلك)؛ أي: قبل الرفع إليه كذلك، أي: كحكم قاضٍ آخر في أنّه ينفذه إذا رفع إليه ويكون هذا رافعاً للخلاف فيه، ولا يحتاج في نفوذه على المخالف إلى قاضٍ آخر، لكن ذكر ذلك ابن الغرس سؤالاً وأجاب عنه بأنّه لا يصحّ؛ لأنّه غير ممكنٍ شرعاً، إذ القاضي لا يقضي لنفسه بالإجماع، والحكم به حكمٌ بصحّة فعل نفسه فيلغو. اهـ. =

= قلت: هذا ظاهرٌ بالنّسبة إلى رفع الخلاف، أمّا بالنّسبة إلى منع الخصم وإلزامه به فلا تأمّل.

(قوله: نفّذه)؛ أي: يجب عليه تنفيذه.

(قوله: لو مجتهداً فيه) بنصب مجتهداً خبراً لكان المقدّرة بعد لو واسمها ضميرٌ عائدٌ إلى حكم العائد إليه ضمير نفّذه.

ثمّ اعلم أنّهم قسّموا الحكم ثلاثة أقسام، قسمٌ يردّ بكلّ حالٍ وهو ما خالف النّصّ أو الإجماع كما يأتي، وقسمٌ يمضي بكلّ حالٍ، وهو الحكم في محلّ الاجتهاد، بأن يكون الخلاف في المسألة وسبب القضاء، وأمثلته كثيرةٌ منها لو قضى بشهادة المحدودين بالقذف بعد التّوبة، وكان يراه كشافعيٍّ، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر لا يراه كحنفيٍّ يمضيه ولا يبطله، وكذا لو قضى لامرأةٍ بشهادة زوجها وآخر أجنبيٍّ، فرفع لمن لا يجيز هذه الشّهادة أمضاه؛ لأنّ الأوّل قضى بمجتهدٍ فيه فينفذ؛ لأنّ المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أنّ شهادة هؤلاء هل تصير حجّةً للحكم أم لا فالخلاف في المسألة وسبب الحكم لا في نفس الحكم، وكذا لو سمع البيّنة على الغائب بلا وكيلٍ عنه، وقضى بها ينفذ؛ لأنّ المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أنّ البيّنة هل تكون حجّةً بلا خصمٍ حاضرٍ، فإذا رآه صحّ، وسيأتي اختلاف التّرجيح في الأخيرة.

وقسمٌ اختلفوا فيه: وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم فقيل: ينفذ، وقيل: يتوقّف على إمضاء قاضٍ آخر، وهو الصّحيح كما في الزّيلعيّ وغيره، وبه جزم في الخانيّة، وحكى ابن الشّحنة في رسالته المؤلّفة في الشّهادة على الخطّ عن جدّه ترجيح الأوّل، فإذا رفع إلى الثّاني فأمضاه يصير كأنّ القاضي الثّاني حكم في فصلٍ مجتهدٍ فيه فليس للثّالث نقضه ولو أبطله الثّاني وبطل، وليس لأحدٍ أن يجيزه كما لو قضى لولده على أجنبيٍّ أو لامرأته أو كان القاضي محدوداً في قذفٍ؛ لأنّ نفس القضاء مختلفٌ فيه وسيشير الشّارح إلى القسم الأخير وتمام الكلام على ذلك في رسالة ابن الشّحنة المذكورة والبزّازيّة وسيأتي له مزيد تحقيقٍ.

(قوله: عالماً) حالٌ من قول المصنّف قاضٍ آخر، وساغ مجيء الحال منه وهو نكرةٌ لتخصّصها بالوصف، وهو آخر ولا يصحّ كونه خبراً بعد خبرٍ لكان المقدّرة بعد لو في قوله لو مجتهداً فيه؛ لأنّ الضّمير المستتر فيها عائدٌ إلى الحكم كما علمت، =

= فيلزم أن يكون الضّمير المستتر في عالماً عائداً إلى الحكم أيضاً ولا يصحّ مطلبٌ مهمٌّ في قولهم يشترط كون القاضي عالماً باختلاف الفقهاء.

(قوله: عالماً باختلاف الفقهاء فيه . . . إلخ) أقول: ذكر ذلك أيضاً في البحر، فذكر أنّ هذا شرط نفاذ القضاء في ظاهر المذهب ثمّ ذكر عبارة الخلاصة ثمّ قال: والتّحقيق المعتمد أنّ علمه بكون ما حكم به مجتهداً فيه شرطٌ، وأمّا علمه بكون المسألة اجتهاديّةً، فلا، ويدلّ عليه ما في الفتاوى الصّغرى. اهـ. ثمّ ذكر مسألة قضاء القاضي مخالفاً لرأيه، وأطال الكلام عليها.

وسيذكرها المصنّف في قول (قضى في مجتهدٍ فيه بخلاف رأيه . . . إلخ) ويأتي الكلام عليها، وهذه غير مسألة اشتراط العلم الّتي نحن فيها ولم يوفّها صاحب البحر حقّها، حتّى اشتبهت على بعض المحشّين فتكلّم عليها بما قالوه في المسألة الثّانية الآتية، مع أنّهما مسألتان متغايرتان فافهم، ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاعٌ، وقد ألّف فيها العلامة المحقّق الشّيخ قاسمٌ رسالةً: حاصلها: أنّ وضع المسألة المذكورة في قضاء القاضي المجتهد في حادثةٍ له فيها رأيٌ مقرّرٌ قبل قضائه في تلك الحادثة الّتي قصد فيها المتّفق عليه، فحصل حكمه في المحلّ المختلف فيه، وهو لا يعلم ثمّ بان أنّ قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرّر قبل هذه الحادثة، فحينئذٍ لا ينفذ قضاؤه.

وأمّا إذا وافق قضاؤه رأيه في المسألة ولم يعلم حال قضائه أنّ فيها خلافاً، فلم يقل أحدٌ من علماء الإسلام بأنّه لا ينفذ قضاؤه، خلافاً لمن زعم ذلك، وبيان ذلك بالنّصوص الصّريحة منها قول الإمام حسام الدّين الشّهيد في الفتاوى الصّغرى: إذا قضى في فصلٍ مجتهدٍ فيه، وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ، فإنّه ذكر في السّير الكبير: رجلٌ مات وله مدبّرون حتّى عتقوا، ثمّ جاء رجلٌ وأثبت ديناً على الميّت، فباعهم القاضي على ظنّ أنّهم عبيدٌ وقضى بجوازه، ثمّ ظهر أنّهم مدبّرون كان قضاؤه بذلك باطلاً، وإن مضى في فصلٍ مجتهدٍ فيه، وهو جواز بيع المدبّر، لكن لمّا لم يعلم بذلك كان باطلاً. اهـ.

فعلم أنّ الضّابط أخذ من فرعٍ وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السّابق، وهو أنّ المدبّر لا يباع؛ فلذا كان قضاؤه باطلاً وعدم العلم دليل بقاء رأيه السّابق، وأمّا لو كان عالماً =

= وقضى على خلاف رأيه السّابق حمل على تبدّل اجتهاده، بدليل ما في السِّير الكبير في باب الفداء الَّذي يرجع إلى أهله حيث قال: مات وله رقيقٌ، وعليه دينٌ كثيرٌ فباع القاضي رقيقه، وقضى دينه ثمّ قامت البيّنة لبعضهم: أنّ مولاه كان دبّره، فإنّ بيع القاضي فيه يكون باطلاً، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصيّةً وباعه في الدّين، ثمّ ولّي قاضٍ آخر يرى ذلك خطأً، فإنّه ينفذ قضاء الأوّل . . . إلخ، فعلم أنّ عدم الأخذ ليس هو لعدم العلم بل لكونه بيع الحرّ.

وقال الحسام أيضاً قال في كتاب الرّجوع عن الشّهادة: إذا قضى القاضي بشهادة محدودين في قذفٍ، وهو لا يعلم بذلك ثمّ ظهر لا ينفذ قضاؤه، وهو محمولٌ على محدودين شهدا بعد التّوبة كما في قضاء شرح الجامع، ومن المعلوم: أنّ قضاء هذا على خلاف رأيه المقرّر قبل ذلك فلذا لم ينفذ، فعدم النّفاذ لعدم صحّة الشّهادة لا لعدم العلم، فإذا ظهر أنّ هذا في قضاء القاضي المجتهد، وأنّ اعتبار العلم وعدمه إنّما هو للدّلالة على البقاء على الاجتهاد الأوّل أو تبدّله، وأنّه لو كان على وفق رأيه نفذ وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أنّ اعتبار هذا في القاضي المقلّد جهالةٌ فاحشةٌ، وخرقٌ لما أجمعت عليه الأمّة في أنّ المقلّد إذا قضى بقول إمامه مستوفياً للشّروط نفذ قضاؤه، سواءٌ علم أنّ في المسألة خلافاً أو لا، وصار المختلف فيه بقاؤه متّفقاً عليه كما صرّحت به نصوص المختصرات والمطوّلات وامتنع نقضه بالإجماع. **هذا خلاصة ما في تلك الرّسالة.**

وحاصله: أنّ اشتراط كون القاضي المجتهد عالماً بالخلاف، إنّما هو لبيان أنّ الموضع المختلف فيه الّذي لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحّة بيع المدبّر، وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوماً به في ضمن الحكم الّذي قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه، وقبول شهادة العدل في الصّورتين السّابقتين ونحوهما، إذ لا وجه لصيرورته محكوماً به مع عدم علمه به وقصدٍ له، ومع كونه مخالفاً لرأيه، بخلاف ما إذا كان عالماً به، وقصد الحكم به، فإنّه وإن خالف رأيه يصحّ حكمه به، ويكون ذلك رجوعاً عن رأيه السّابق لتغيّر اجتهاده فينفذ وإذا رفع إلى قاضٍ آخر أمضاه، وهذا كلامٌ في غاية التّحقيق، وحيث كان هذا هو ظاهر الرّواية فلا يعدل عنه =

فعلم أنَّ الضَّابط أخذَ من فرعٍ وقع فيه القضاءُ على خلاف رأي القاضي المقرر قبل هذه الحادثة، وهو: أنَّ المدبَّر لا(١) يباعُ وهو حرٌّ من الثلث، فإن

= وكأنّ صاحب الخلاصة فهم أنّ المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد فلذا قال: ويفتى بخلافه ولا سيّما إن كان فهم أيضاً أنّه شرطٌ في المجتهد وغيره إذ لا شكّ في عسر ذلك ولا سيّما على قضاة زماننا فافهم. والله سبحانه أعلم.

(قوله: بعد دعوى صحيحةٍ . . . إلخ) الظّرف متعلّقٌ بحكمٍ في قوله: حكم قاضٍ أو بمحذوفٍ خبر أيضاً لكان المقدّرة بعد لو فيّ قوله لو مجتهداً فيه.

قال في البحر أوّل كتاب القضاء: فإن فقد هذا الشّرط لم يكن حكماً، وإنّما هو إفتاءٌ صرّح به الإمام السّرخسيّ، وبأنّه شرطٌ لنفاذ القضاء في المجتهدات.

ونقل الشّيخ قاسمٌ في فتاواه الإجماع عليه، ثمّ قال هنا في البحر: فالحاصل: أنّ الحكم المرفوع لا بدّ أن يكون في حادثةٍ وخصومةٍ صحيحةٍ كما صرّح به العماديّ والبزازيّ وقالا حتّى لو فات هذا الشّرط لا ينفذ القضاء؛ لأنّه فتوى فلو رفع إلى حنفيٍّ قضاء مالكيٍّ بلا دعوى، لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بدّ في إمضاء الثّاني لحكم الأوّل من الدّعوى أيضاً كما سمعت. اهـ. أي: لا بدّ في حكم الثّاني إذا رفع إليه حكم الأوّل، من أن يكون أيضاً بعد دعوى صحيحةٍ كما نقله عن البزازيّة، وهذه الدّعوى والخصومة تسمّى الحادثة لحدوثها عند القاضي ليحكم بها، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فإنّه لم يحدث بدون الخصومة فيه، فلذا لم يصحّ حكمه به قبلها كما يأتي بيانه في الموجب قريباً، ثمّ اعلم أنّ اشتراط تقدّم الدّعوى إنّما هو في القضاء القصديّ القوليّ دون الضّمنيّ والفعليّ كما سنحقّقه في الفروع، وكذا ما تسمع فيه الدّعوى حسبةً ومنه الوقف كما يأتي قريباً.

(قوله: وإلاّ لا)؛ أي: وإن لم يكن حكم الأوّل بعد دعوى صحيحةٍ لم يكن قضاءً صحيحاً، بل كان إفتاءً؛ أي: بياناً لحكم الحادثة، وإذا كان إفتاءً لم يلزم القاضي الثّاني تنفيذه بل يحكم بمقتضى مذهبه وافق حكم الأوّل أو خالفه فافهم. . .

١) أقحم في المخطوط: (لا).

لم يكن للسيد مال لزمته السعاية، فلهذا: كان جواب المسألة:

أنّ قضاءه باطلٌ، وكان عدم العلم دليل بقاء رَأْيِهِ السَّابِقِ حتى قال: إنّ البيع صادف الأحرار؛ لأنهم عُتِقُوا بموته.

أمّا لو كان عالماً، وقضى على خلاف رأيه السابق، حمل على تبدّل الاجتهاد بدليل تمام الكلام في هذه المسألة.

فإنه قال في السِّير الكبير في باب الفداء الَّذي يرجعُ إلى أهله:

مات وله رقيقٌ، وعليهِ دينٌ كثيرٌ [٤٩/ ب] فباعَ القاضي رقيقه، وقضى دينهُ، ثم قامت البيِّنة لبعضهم: أنَّ مولاه كان دبَّره(١)، فإنَّ بيع القاضي فيه يكونُ باطلاً، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره، واجتهد وأبطل تدبيرهُ لكونهِ(٢) وصيَّةً وباعه في الدَّين، ثم ولِّي قاضٍ آخر يرى أنَّ ذلك خطأً، فإنَّه ينفذ قضاء الأوَّل . . . إلخ.

فعلم: أنَّ عدم النَّفاذ ليس هو لعدم العلم، بل لكونه بيع الحرِّ.

ولهذا قال الشهيد: والاستدلال بمسألة السير لا يستقيم؛ لأنّ عدم النفاذ ما كان لعدم العلم بكون الفصل مجتهداً فيه، وإنّما كان؛ لأنّ البيع صادفَ الأحرار لأنهم عتقوا بموته. أكثر ما في الباب: أنه يجب عليهم السعاية، لكن ذلك لا يمنع وقوع العتق. انتهى.

فترك القاضي ذلك وأخذ بقوله، وهو لا يعلم بذلك. لا ينفذ. فشهد على نفسه بالجهالة. والله أعلم.

(١) في المخطوط: (دبر).

(٢) في المخطوط: (لأنه).

وقال الحسام أيضاً: قال في كتاب الرُّجوع عن الشَّهادة: إذا قضى القاضي بشهادة شاهدين محدودين في قذفٍ، وهو لا يعلم بذلك، ثم ظهر، لا ينفذ قضاؤه، وعليه أن يرد قضاءه، ويأخذ من المال المقضي له، وهو محمولٌ على محدودين شهدا بعد التَّوبة، فإنَّه ذكر في أوَّل قضاء شرح الجامع: إذا قضى القاضي بشهادة محدودين في قذف قد تابا . . . إلخ.

ومن المعلوم: أنَّ قضاءه هذا على خلاف رأيه(١) المقرَّر قبل ذلك فلهذا كان الجواب: أنَّه لا ينفذ، فعدم النَّفاذ لعدم صحَّة الشَّهادة، لا لعدم العلم.

وقال الحسام الشهيد أيضاً: إذا قضى القاضي في فصلٍ مجتهَدٍ فيه، وهو يقصد المتفق، فوافق قضاؤه المحلّ المختلف، نفذ قضاؤه.

وذكر محمّد في كتاب الإكراه: لو شهد شاهدان على رجلٍ أنّه قذفَ امرأته فلانة. فلاعنَ الزوج امرأته من غير إكراهِ القاضي وحبسه، وفرّق القاضي بينهما، ثم تبيّن: أن الشهود عبيدٌ، فإن قضاء القاضي بالتفريق صحيحٌ؛ لأنّ باللعان في المرّة الأولى لما قال: أشهد بالله إني لصادقٌ فيما رميتها من الزنا، صارَ مقراً بالقذف.

قلت: تبيّن أن قذف الزوج وإن لم يثبت [٥٠/أ] بشهادة الشهود، يثبت بإقراره طائعاً.

قال: فإذا لاعنَ بعد ذلك ثلاث مرّات. وفرّق القاضي بينهما.

فقد قضى في التفريق في محلّ يسوّغ الاجتهاد فيه. وهو التفريق بعد اللعان ثلاث مرّات.

(١) في المخطوط: (رأي).

قال الولوالجي[1]: لأنّه أقام الأكثر مقام الكل، وأكثر الشيء أقيم مقام الكل في كثيرٍ من المواضع والأحكام، فهذا إذا أقام كان اجتهاداً في محلّه، فينفذ قضاؤه حتى لو التعن مرتين، ففرّق القاضي بينهما، فتفريقه باطلٌ؛ لأنه قضى بالاجتهاد في غير محلّه، فإنّه أقام الأقل مقام الكل، وهذا مما لا نظير له في الأصول. انتهى.

قلت: فنفاد قضائه ليس لعدم العلم، وإنما هو لرأيٍ صحيحٍ حصل له في المسألة.

فلهذا قال الولوالجي هنا: فدلّت المسألة على أن القاضي متى قضى في محلٍّ سوّغ فيه الاجتهاد وإن لم يعلم هو أنه قضى في محل الاجتهاد وقصده المتفق عليه في هذه المسألة هو: أنّ الشهادة شهادة الأحرار.

وقوله: فوافقَ قضاؤه. المحل المختلف ليس هو محل قصده المتفق عليه، وهو الاتفاق والاختلاف في شهادة العبيد، وإنما هو محل اختلاف من جهةٍ أخرى. وليس للمجتهد قولٌ في عين المسألة قبل هذا الحكم، فلم يكن ضده مقابلة المسألة الأولى. وفي هذه كلامٌ، وهو: أنّ محل الاجتهاد هل يشترط أن يكون وقع فيه خلاف أو أنّه قابل للخلاف. فقال في الأحكام: بما

(١) قال المصنف في تاج التراجم (ص١٢): عبد الرشيد بن أبي حنيفة بن عبد الرزاق بن عبدالله الولوالجي، أبو الفتح، من ولوالج [تحرف في المطبوع إلى: والوالج]، بلدة من طخارستان، سكن سمرقند، إمام فاضل، حسن السيرة، وتفقه على جماعة، وكتب الأمالي، وولد في جمادى الأول سنة سبع وستين وأربع مئة، ومات بعد الأربعين وخمس مئة. قلت [أي: ابن قطلوبغا]: وذكره الذهبي في هذه الطبقة من الذين لم تعرف وفاتهم.

هي مقابله لا ينقض، وإن حكم في السكوت عنه بما هو خلاف القواعد ينقض، ولا فرق في عدم النقض بين المسكوت عنه وبين ما وقع الخلاف فيه. انتهى.

ولما تبين أنّ هذا في قضاء القاضي المجتهد، وأنّ اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأوّل أو تبدله، وأنّه لو كان وفق رأيه نفذ، وإن لم يعلم بالخلاف بالنقل، وبدلالة الإجماع الذي حكاه في كتاب الأحكام، ظهر أنّ اعتبار هذا في قضاء القاضي المقلّد زلة عالمٍ وجهالةٌ [٥٠/ ب] فاحشةٌ بالمسألة، وخرق لما اجتمعت عليه علماء الأمّة في أنّ القاضي المقلّد إذا قضى بقول إمامه الذي لا يخالف نص كتابه، ولا سنّةً مشهورةً، ولا إجماعاً مستوفي الشروط بعد قضائه. عُلِمَ: أنّ في المسألة خلافاً أو لم يعلم، وصار المختلف فيه بقضائه متفقاً عليه، كما صرّحت به نصوص المختصرات والمطوّلات، وامتنع نقضه بإجماع المسلمين، نصّ على الإجماع الشيخ الإمام أبو العباس في كتاب الأحكام وقال: إنّ في مسائل الخلاف إذا حكم فيها الحاكم ما تعين من النقض بالإجماع، وما هو في معنى النّص الخاص الوارد في تلك الواقعة.

قال: وتقرير هذا: أنّ الله جعل للحاكم أن يحكم في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكماً من الله ﷻ في تلك الواقعة.

وإخبار الحاكم: أنه يحكم فيها كنصٍّ من الله تعالى ورد خاصاً بتلك الواقعة. انتهى.

وأمّا أنه استبيح بها الفروج المحرّمة، فقد قالوا في ابنه محمد بن أينال زوج فرجٍ بن أزومر وقد خلعها من عصمته مدّةً. ولم يحكم في الخلع بشيءٍ،

ثم تـزوج، ثم طلّقها طلقةً صريحة راجعها، ثم طلّقها، ثم رفع إلى القاضي نور الدين بن البرقي وادّعى عنده: أنّه طلّقها آخر الطلقات، وحكم بوقوع الحرمة الغليظة، وأن لا تعود إليه حتى تنكحَ زوجاً غيره.

إن هذا القاضي قصد المتفق عليه ظناً منه: أنّ الثلاث صرائح، ولم يعلم بالخلع، فحصل حكمه في محلٍّ مختلفٍ فيه، وهو الخلع الأوّل، فلم ينفذ قضاؤه في الحرمة الغليظة. فذهب إلى حاكمٍ حنبليٍّ فيحكم بأن الخلع فسخٌ لا ينقص العدد، وتعود إلى زوجها من غير محلّلٍ، وتبقى معه بما بقي من الطّلقات. هذا ما اطّلعت. والله أعلم بما لم يبلغني.

وأمّا أنه استبيح به الأموال المحرّمة فأعاد الأوقـاف التي أبينت بهـذه الطريق الباطل.

وأمّا أنّـه قطع بها حقوق الأيتـام والفقراء والطلبة والعلماء فلـه خروج الأوقاف بهذه الطريقة الباطلة.

وأمّا أنّه عمل فيها على زعمهم بالتشهي الحرام، فلأنه قال في الفتاوى الولوالجية: إن القاضي [٥١/ أ] إذا قضى في محلٍّ يسوغ فيه الاجتهاد وينفذ قضـاؤه وإن لم يعلوه أنـه قضى في محلّ الاجتهـاد، فعملهم بالأوّل دون هـذا عملٌ بالتشهي؛ لأنهم ليسوا من أهل الاجتهاد، ولا الترجيح.

وقـد قال في كتاب الأحكام: وليس للقاضي أن ينشئ حكماً بالهوى واتبـاع الشهوات، بل لا بد أن يكون ذلك القول الذي حكم به، قال به إمامٌ معتبرٌ بدليلٍ معتبرٍ.

وأمّا اتباع الهوى في الحكم فحرامٌ إجماعاً.

وأمّا أنه خارقٌ لإجماع أمّة محمدٍ ﷺ.

فقال أبو عَمْرو الشهرزوري(١) في كتاب أدب القاضي والفتوى(٢): واعلم أنّ من يكتفي أن يكون فتواه وعمله موافقاً لقولٍ أو وجهٍ في المسألةِ، ويعمل بما شـاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظرٍ في الترجيح، فقد جهـل وخرق الإجماع. انتهى.

فهذا قولـه فيمن عمل بقولٍ، ووجهٍ في المسألة. وما نحن فيـه، وهو قضاء القاضي المقلّد مستوفياً للشروط، موافقاً لقول إمامه: ليس فيه قولان ولا وجهان ولا ما يصلح بسمته.

وقول الموثق مع العلم بخلاف عملِ الآن، لاَ ما كانَ. إذا عرف هذا.

فنقُولُ الحاكم الحنفي الحاكم بالوقف: أنّ قضاءه لم ينفذ لعدم العلم به باطلٌ. والبيع النَّاشئُ عن قوله هذا باطلٌ، والحكم به باطلٌ، والوقف وقفٌ على حاله، ولكلّ حاكمٍ من حكّام الشريعة المطهّرة اتصل به هذا رفعُه. والحاكم باستمرار الوقف الأوّل دفعاً للفساد من بين العباد. والله سبحانه وتعالى أعلمُ.

❐ ❐ ❐

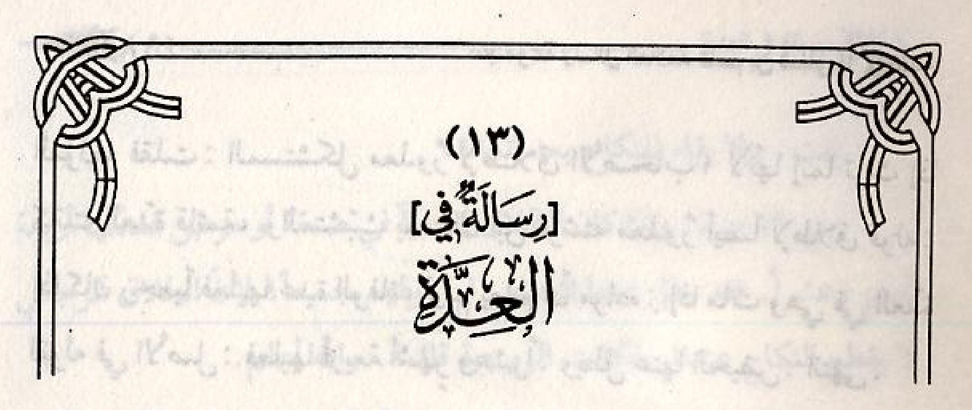
(١) تحرف في المخطوط إلى: (أبو عمر الشهروردي). وهو الإمام، الحافظ، العلامة، شيخ الإسلام، تقي الدين، أبو عمرو عثمان ابن المفتي صلاح الدين عبد الرحمان ابن عثمان بن موسى الكردي الشهرزوري الموصلي الشافعي، صاحب علوم الحديث. سير أعلام النبلاء للذهبي (٢٣/ ١٤٠).

(٢) مطبوع باسم: أدب المفتي والمستفتي، حققه د. محيي الدين هلال السرحان.

مجموعة رسائل
العلامة
قاسم بن قطلوبغا
(١٣)

[رسالة في]
العدة

تأليف
العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي
المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ
رحمه الله تعالى



(١٣)
[رسالة في]
العدة

قال ـ رحمه الله ـ:

قد سئلتُ عن امرأةٍ طلَّقها زوجها طلاقاً رجعياً في مرض موته، ثم مضى عليها ثلاثة أشهرٍ وثلاثة عشر يوماً، ثم مات، فأقرت أنها حاضت في هذه المدّة ثلاث حيضٍ، فهل تورث بعد هذا الإقرار أم لا؟.

فأجبته: أنها لا تورث في هذه الصورة. والله أعلمُ.

وكتب على هذه بعض مشايخ العصر ما صورته:

الحمد لله المنعم بالصّواب.

إذا كان الطّلاق رجعياً، ترثُ منه ما دامت الوفاة قائمة. والله أعلم.

ثم بلغني: أنّ بعض قضاتنا استشكل جواب الشيخ، وأن بعض العدول من طلبتي احتجّ عليه بقول [٥١/ ب] ابن فرشته في شرح المجمع في فصل طلاق الغاز: إنّما قيّد بإطلاقها بالبينونة؛ لأنه إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة اتفاقاً.

وإن القاضي المستشكل: أخرج في تتمة الفتاوى[1] لينظر تحقيق هذا

---

(١) قال صاحب كشف الظنون (١/ ٣٤٣): تتمة الفتاوى للإمام برهان الدين محمود ابن أحمد بن عبد العزيز الحنفي صاحب المحيط، المتوفى سنة ٦١٦هـ. هذا كتاب جمع فيه الصدر الشهيد حسام الدين ما وقع إليه من الحوادث والواقعات، وضم إليها: ما في الكتب من المشكلات، واختار في كل مسألة فيها روايات مختلفة، =

القول، فقلت: المستشكل معذورٌ لإطلاق الأصحاب؛ لأنها إنما ترث إذا كانت العدّة قائمة، والمتشبّث بما قال ابن فرشته معذورٌ أيضاً لإطلاق قوله: إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة، ولم يعلم أنّ مراده: إذا مات وهي في العدّة لقوله في الأصل: فعليها أربعة أشهرٍ وعشراً. وبطل عنها الحيض. انتهى.

وإنما تبطل إذا كان قائماً لا المنقضي.

وقال شارحه: إذا طلّق امرأته، ثم مات، فإن كان الطلاق رجعياً انقلبت عدتها إلى عدة الوفاة سواء طلّقها في حالة المرض أو حالة الصّحة، وانهدمت عدة الطلاق، وعليها أن تستأنف عدة الوفاة في قولهم جميعاً؛ لأنها زوجته بعد الطلاق، إذ الطلاق الرجعي لا يوجب زوال الزوجية، وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. كما لو مات قبل الطلاق.

فقولهم: انتقلت وانهدمت، وما عدلوا به من أنها زوجته إلخ. صريحٌ فيما ذكرت.

وكذا قوله في المحيط: المطلقة الرجعية إذا مات زوجها تعتد للوفاة أربعة أشهرٍ [و]عشراً لقيام النكاح.

قلت: ولا قيام للنكاح بعد العدة.

وكذا قوله في الإيضاح: لأنّ النّكاح قد بقيَ.

= وأقاويل متباينة، ما هو أشبه بالأصول، غير أنه لم يرتب المسائل ترتيباً، وبعد ما أكرم بالشهادة، قام واحد من الأحدوثة بترتيبها وتبويبها، وبنى لها أساساً، وجعلها أنواعاً وأجناساً، ثم إن العبد الراجي: محمود بن أحمد بن عبد العزيز زاد على كل جنس ما يجانسه، وذيّل على كل نوع ما يضاهيه. انتهى.

قلت: ولا بقاء للنكاح بعد العدة.

وفي الذخيرة: وإذا كان الطلاق رجعياً في صحّة أو مرض فعدّتها أربعة أشهرٍ وعشراً. فقد بطل عنها الحيض في قولهم جميعاً؛ لأنّ الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح عندنا. فكانت الزوجية قائمة. والله أعلم.

جعل كل الواجب على المرأة عند موت الزوج: التربص بأربعة أشهرٍ وعشراً. وكانت من ضرورة سقوط الاعتداد بالحيض. انتهى.

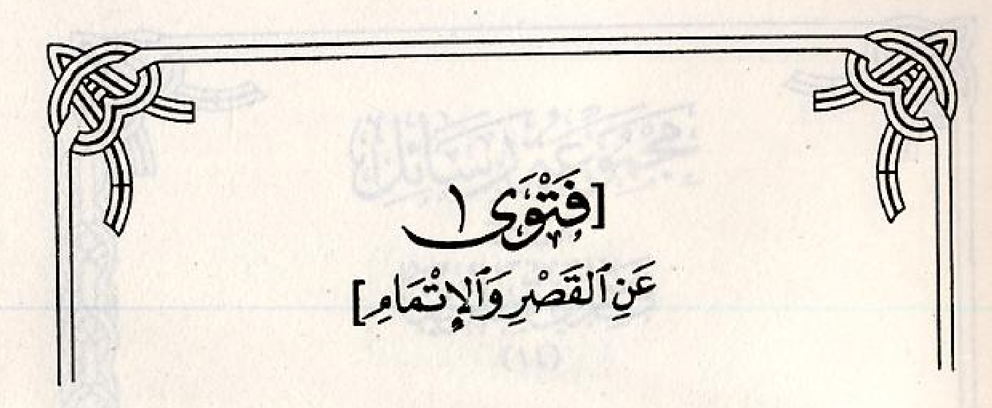
ففي صورتنا لم تكن الزوجية قائمة وقت الموت، فلم يجب عليها بموته شيءٌ.

ألا ترى أنها لو تزوجت قبل موته كان النكاح صحيحاً [٥٢/أ].

وفي شرح الهداية: ودخلت في عدة الطلاق، ثم مات الزوج، فإنها تنتقل عدتها إلى عدّة الوفاة. وهذا يفيد: أنها دخلت ولم يخرج بعد حتى مات. فتنتقل العدة القائمة. وفيه شاهدٌ؛ أنّها تبطل لا تنتقل.

وقول شراح الكنز: لبقاء الزوجية من كلّ وجهٍ قبل الموت، فيوهموا أنّ عدتها بعد انقضاء عدتها بالأقراء بقية عدة الوفاة. وهذا وهمٌ في الوهم للأوّل؛ لأنّ أصحابنا إنّما قالوا في تلك الصورة: أنّها تستأنف العدة من حين موته، فتتربص أربعة أشهرٍ وعشراً. والله سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *



[فتوى ١
عن القصر والإتمام]

وسئل ـ رحمه الله ـ: عن رجلٍ خرج من مصره قاصداً مِصراً آخر بينهما أكثر من مسيرة السفر، فسار يوماً، ثم رجع إلى مِصْرِه، ولم يكن صلّى في ذلك اليوم شيئاً لعذرٍ منعه من ذلك، فهل يقضي صلاة ذلك اليوم قصراً أو إتماماً لكونه رجع قبل تقرر المغيّر للأحكام؟ أفتونا مأجورين.

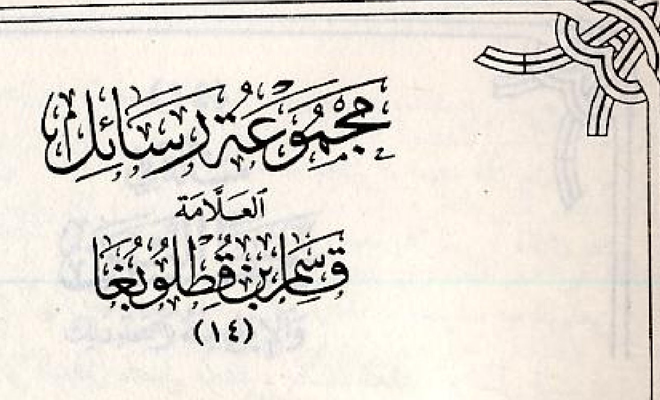
فأجاب ـ رحمه الله ـ:

الحمد لله، ربِّ زدني علماً.

إذا قصد ترك السفر فيقضي ما فات قبل ذلك قصراً.

وتقرير السفر المغير للأحكام بنية سفرِ مدة السفر ومفارقة عمران بلدهِ من الجهة التي خرج منها لا وجود السفر تمام المدة. والله أعلم.

❑ ❑ ❑



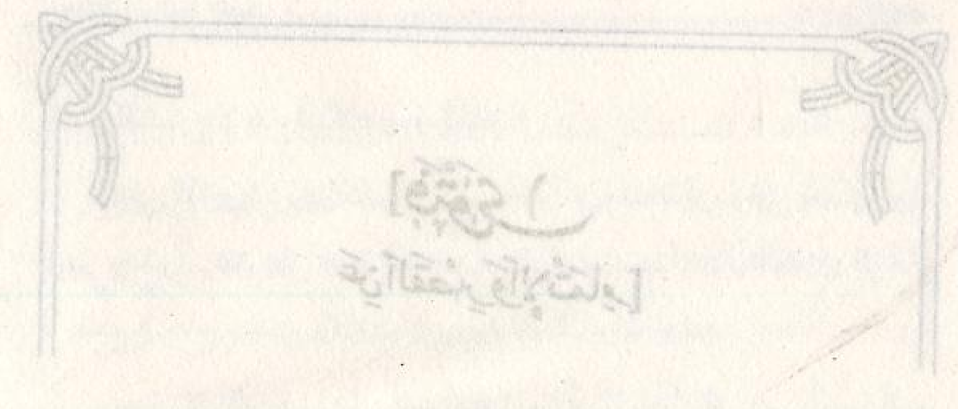
مسألة في حط الثمن والإبراء منه وصحة ذلك

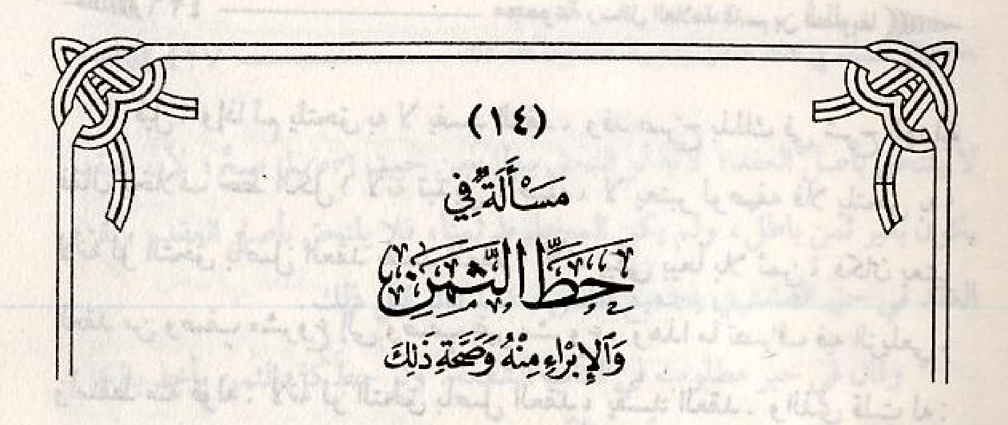
تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى





(١٤)

مسألة في حط الثمن والإبراء منه وصحة ذلك

قال ـ رحمه الله ـ:

إنّي سئلت عن الإبـراء عن الثّمن في مجـلس العقد، هـل يفسد البيع أم لا؟.

فقلت: لا يفسد.

فقال السائل: إنّي سألت بعض أهل العلم من الحنفية فقال: إنه يفسد العقد.

والمسألة في هذا الكتاب، وأشار إلى كتابٍ عندهُ.

قال السّائلُ: واستحييت أن أطلب منه الكتاب لأقف على صورة النقل. فقلت الذي أحفظه هو ما قلت لك. ثم بعد مدّةٍ لقيني السـائل فقال لي: إنَّ المسـألة في شـرح الكنْز للزيلعي، فـأنكرت أن يكون هـذا من مذهبنـا، ثم استحضرته شرح الكنز للزيلعي، فأراني قول المصنف والزيادة فيه، والحط منه بخـلاف حط الكل؛ لأنّه سربـا إلى أصلـه؛ لأنه ينقلب هبـة أو بيعـاً بلا ثمنٍ، فيفسد [٥٢/ ب]. وقد كانَ من قصدهما التجارة بعقـدٍ مشروعٍ من كل وجـهٍ. فالالتحاق به يؤدي إلى تبديله، فلا يلتحق به. فقلت: هذا استنباطٌ مقلوبٌ، هذا شاهدٌ لنا.

أقول: لأنَّ ما يظنّ صاحب الكتاب الذي أشار إليه.

قيل: وإذا لم يلتحق به لا يفسد العقد، وقد صرّح بذلك في شرح الهداية فقال بخلاف حط الكل؛ لأنّه تبديلٌ لأصله، لا يعتبر لوصفه فلا يلتحق به؛ لأنّه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد؛ لأنه يبقى بيعاً بلا ثمنٍ، فكان يعتبر العقد من وصفٍ مشروعٍ إلى وصفٍ غير مشروعٍ. وهذا ما تصرّف فيه الزيلعي، وأسقط منه قوله: لأنّه لو التحقَ بأصل العقد، يفسد العقد. والذي قلت له: إني أحفظه هو ما قاله في الذخيرة، إذا حط كل الثمن أو وهبَ كل الثمن أو أبرأه منه عن كل الثمن، فإن كان ذلك قَبْلَ قبضِ الثمن صحَّ الكل، ولا يلتحق بأصل العقد وما قاله في البدائع في الشفعة: ولو حطه جميعاً فأخذ الشفيع بجميع الثمن، ولا يسقط عنه شيءٌ؛ لأنّ حطَّ كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق لبطل البيع؛ لأنّه يكون بيعاً بلا ثمنٍ، فلم يصحّ الحطّ في حق الشفيع، والتحق في حقه بالعدم، فيأخذ بجميع الثمن، وصحّ في حق المشتري، وكان أبرأ له عن الثمن.

وما في المحيط في الشفعة أيضاً.

وأمّا حط الكل فلا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه متى التحق بأصل العقد بطل العقد؛ لأنّ العقد يصير لغير ثمنٍ، فيظهر أن المحطوط لم يكن ثمناً. بقي العقد بجميع الثمن، إلاّ أنه يصحّ الكلّ في حقّ المشتري؛ لأنه لاقى ديناً قائماً في ذمّته.

وما قال في الذخيرة في الشفعة أيضاً: أمّا إذا حطّ الكل أو أبرأه عن الكل أو وهب الكلّ، صحّ في حق المشتري؛ لأنّه لاقى ديناً قائماً، ولكن لا يظهر في حقّ الشفيع حتّى يأخذ الشفيع الدّار بجميع الثمن؛ لأنّ هذا الحطّ

لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنّه لو التحق يبطل من حيث [١/٥٣] صحَّ؛ لأنّ العقد يكون بغير ثمنٍ باطلٌ، ولم يكن المحطوط ثمناً، فلا يلتحق بأصل العقد، وبقي العقد في حقّ المشتري بجميع الثمن، كما كان قبل ذلك.

وقال في خبر مطلوبٍ في كتاب الشفعة: ولو حطّ كل الثّمن يأخذ بالكل لتعذر الإلحاق، فيجعل هبةً مبتدأةً.

وقال في الهداية: في الشفعة: بخلاف حطِّ الكلِّ؛ لأنَّه لا يلتحق بأصل العقد بحالٍ، وقد بيَّنّاه في البيوع[١].

قال في الهداية: وذلك لأنَّ حطّ جميع الثمن لو التحق بأصـل العقد. وإمّا أن يصير العقد هبةً ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعاً بلا[٢] ثمنٍ، فيكون فاسداً، ولا شفعة في البيع الفاسد. فعرفنا: أنّه لا يمكن إلحاق حطّ الجميع بأصل العقد في حق الشفيع.

وقال في الغاية: بخلاف ما إذا حط جميع الثمن، حيث لا يلتحق بالعقد، فلا يسقط عن الشفيع شيءٌ، فلا جرم يأخذ بجميع الثمن؛ لأنّه لو التحق بأصل العقد يخرج العقد عن موضوعه؛ لأنه يصيرُ هبةً، لا يبقى تمليكاً بلا عوضٍ ولا شفعة في الهبة إلخ.

وقال في شرح مجمع البحرين للشيخ عبد اللطيف: قيّدنا بحط البعض؛

---

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام (٢١/ ٣٣٥) والعناية شرح الهداية (٩/ ٢٨٠ و٢٨٣ و١٣/ ٤٦٦) وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١١/ ١٢٥ و١٦/ ١٥) والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٦/ ٢٤٠ و٢٤٤ و٢١/ ٣٦٧).

(٢) جاء في هامش المخطوط: (بغير).

لأنه حط كل الثمن غير ملحق بالعقد اتفاقاً؛ لأنَّه لو بقي العقد بلا ثمنٍ وهو غير مشروعٍ.

وقال في العقد: لو حطَّ البائع كل الثمن لم يسقط، ولا يلتحق ذلك بأصل العقد اتفاقاً؛ لأنَّه لو بقي العقد بلا ثمنٍ وهو غير مشروعٍ، ولو حطَّ البائع التحق صارَ بيعاً بلا ثمنٍ، وأنَّه باطلٌ.

وقال في الاختيار: وإن حطَّ الجميع لم يلتحق؛ لأنَّه يصير الثمن كأن لم يكن، فيبطل الحط.

وقال في الشفعة: ألا ترى أنه لو حط الجميع ابتداءً لا يسقط عن الشفيع؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد، بل يكون هبةً، فلا يسقط عن الشفيع. وعلى هذا تظافرت عبارات المختصرات والمطولات.

❑ ❑ ❑

مجموعة رسائل

العلَّامة

قاسم بن قطلوبغا

(١٥)

من

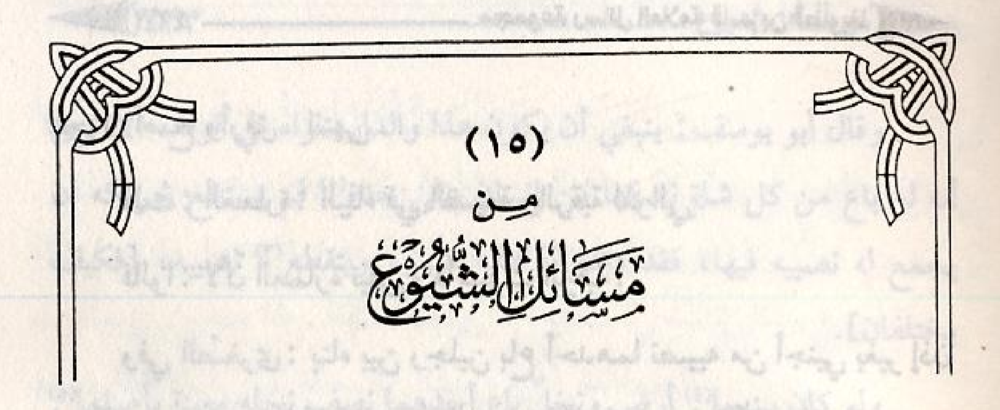
مسائل الشيوع

تأليف

العلَّامة قاسم بن قُطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢ هـ والمتوفى سنة ٨٧٩ هـ

رحمه الله تعالى



(١٥)

مِن مسائل الشيوع

قال ـ رحمه الله ـ:

سئلتُ عن بيع حصّةٍ شائعةٍ من عقارٍ.

فأجبت: بالجواز. ثم أخبرت عن بعض من يزعم العلم بالفقه: أنّ ذلك غير جائزٍ.

فقلتُ: لا أعلم خلافاً في [٥٣/ ب] المذهب فيما ذكرت. وإنما اختلف في بيع الحصة الشائعة من العمارة.

والصحيح: الجواز.

قال جمال الإسلام في فتاويه: أرضٌ بين رجلين أثلاثاً، والزّرع فيها نصفان، فباع صاحب الثلث نصيبه مع نصف الزرع مشاعاً من أجنبيٍّ، صحّ في الأرض دون الزرع.

وقال: ثوب بينهما، باعَ أحدهما بغير إذن شريكه، ولم يجز الشريك. لزم في نصيب البائع.

ومثل ذلك في العبيد المشتركة.

وقال: باع نصف حبّة مقلوعةٍ أو نصف عمامةٍ، أو مشيّدٍ مشاعاً، جازَ.

وإن كان في قسمتها صورتين.

قال: وأمّا بيع نصف العمارة مشاعاً. ففيها اختلاف الروايتين. والمشايخ:

الجواز أصح وأرفق. انتهى.

قلت: العمارة: البناء في الضيعة والرقبة للوالي.

قالوا: لأنّ العمارة تبقى، فأشبهت الرقبة.

وفي الصّغرى: بناء بين رجلين باع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن شريكه، لم يجز. وكذا الشجرة والزرع. ولو باع من شريكه جاز.

وفي المحيط[١]، عن نوادر بشر، عن أبي يوسف: رجلان بينهما دارٌ فباع أحدهما نصف بيت منها شائعاً في البيت، والبيت معلوم. فإنّ أبا حنيفة قال: لا يجوز؛ لأنّ فيه ضرراً على شريكه في تقطيعه[٢] نصيبه عليه عند القسمة.

قال: أرأيت لو باع نصف كل بيتٍ من الدّار، لم يتقطع[٣] نصيب شريكه.

قال: وكذلك الأرض.

ولو كان بينهما عشر ثيابٍ هروية[٤]، مما يقسم باع أحدهما نصف ثوب بعينه من رجلٍ، فإنّ أبا حنيفة قال:

هذا جائزٌ. وكذا[٥] الغنم. وهذا لا يشبه[٦] الدّار الواحدة.

---

(١) المحيط البرهان لبرهان الدين مازه (٧/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤).

(٢) في المخطوط: (لقطته).

(٣) في المخطوط: (ينقطع).

(٤) في المحيط: (ولو كان بين رجلين عشر من الغنم وعشرة أثواب مروية). الأثواب نسبة إلى بلدانها: هراة ومرو.

(٥) في المحيط: (وكذلك).

(٦) في المحيط: (ولا يشبه هذا).

وقال أبو يوسف: ينبغي أن يكون هذا والدار سواء في قوله، ألا ترى أنه لو باع من كل شاةٍ نصفها من إنسانٍ على حدةٍ[١] لم يستطع شريكه أن يجمع له نصيبه فيها، فقد دخل[٢] عليه ضرر، ويتقطع[٣] نصيبه، [فكيف يختلفان].

ولو كان بينهما[٤] أرض ونخلٌ باع أحدهما نصف نخله معينة بأصلها[٥] من رجلٍ لم يجز في قول أبي حنيفة.

[وهذا كالبيت الذي وصفنا، ولو باع أحدهما نصف الأرض واشترى نصف النخيل بأصله، فإن هذا مثل ذلك في قياس قول أبي حنيفة].

وكذلك لو باع[٦] نصف الدار شائعاً إلاّ[٧] بيتاً معلوماً منها، لم يدخل في البيع.

وقال أبو يوسف: إنّا نرى كل هذا جائزاً لا أنقض بيعاً من أجل قسمة لا ندري[٨] أتكون أم لا تكون، ولا يُدْرى [٥٤/ أ] لعلّها إذا كانت لا يدخل[٩]

---

(١) في المحيط: (ألا ترى أنه لو باع نصف كل شاة منها من رجل على هذه).

(٢) في المخطوط: (عليه).

(٣) في المخطوط: (وينقطع).

(٤) في المخطوط: (منها).

(٥) في المحيط: (نخل بعينه بأصله).

(٦) في المحيط: (باعه).

(٧) في المحيط: (أن).

(٨) في المحيط: (يدري).

(٩) في المحيط: (تدخل).

في القسمة ضررٌ من قبل [هذا] البيع(١).

قلت: وحيث خفي حكم المشاع من العقار، فلا بأس بالإسعاف ببيان ذلك فيما يقع فيه، وقد ضبط الإمام العلامة حسام الدين برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز ـ رحمه الله ـ فقال: تفصيل ما اختلف في مسائل الشيوع وما اتفق عليه، فالكلام في معرفة مسائل الشيوع في أربعة فصول:

[الفصل] الأوّل: في معرفة أقسام الشيوع.

والفصل الثاني: في معرفة عدد مسائل الشيوع.

والفصل الثالث: في معرفة مذاهب السلف في مسائل الشيوع.

والفصل الرابع: في معرفة طرقهم في مسائل الشيوع.

أما الفصل الأوّل:

فنقول: الشّائع ينقسم إلى قسمين: شائع يحتمل القسمة كنصف الدار، ونصف البيت الكبير. وشائع لا يحتمل القسمة كنصف العبد ونصف الحمام ونصف الثوب ونصف البيت الصغير. والفاصل بين القسمين: حرفٌ واحدٌ وهو: أن ينظر لو كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر؛ فإن أجبره القاضي على القسمة كان من القسم الأول، وإن لم يجبره كان من القسم الثاني إذ الجبر مطرد، فإنه نص في الكتاب: أنه إذا وهبَ نصف عبدين من إنسانٍ جازَ بالإجماع على الفعل محل أنه قبول المحل ذلك الفعل، فإن قيل: هذا الحرف غير وهذا آية أنه من القسم الثاني والعبد لو كان بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر قسم القاضي بينهما عند أبي يوسف ومحمد وهذا

(١) انتهى كلام المحيط.

أنه آية من القسم الأوّل عندهما. قيل له عندهما: إنه يقسم القاضي بينهما إذا رأى الصّلاح في القسمة، فكانت قسمة القاضي مقيدة بهذا الشرط. وهذا الشرط غير ثابت وقت العقد، فكان وقت العقد من القسم الثاني.

وأمّا الفصل الثاني:

فنقول: أمّهات مسائل الشيوع سبع: بيع الشائع، وإجازة الشائع، وإعارة الشائع، وهبة الشائع، وصدقة الشائع، ووقف الشائع، ورهن الشائع.

وأما الفصل الثالث:

فنقول: إذا باع الشائع [٥٤/ ب] فهذا على قسمين: إمّا أنْ يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة. وكل قسمةٍ على وجهين: إمّا إن باع من أجنبي أو من شريكه. والوجه الأوّل وهو البيع من الأجنبي على صنفين.

أمّا إنْ كان الكل له فباع النصف، أو كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه والبيع جائز في المواضع أجمع.

وأمّا أجرُ الشّائع وهذا أيضاً على قسمين: إمّا أن يحتمل القسمة أو لا يحتمل. وكل قسمٍ على وجهين: إمّا إن أجّر من أجنبي أو من شريكه. والوجه الأول وهو الإجارة من الأجنبي على وجهين(١).

إمّا أنْ كان الكل له فأجر النصف. أو كان بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من الأجنبي. والجواب في القسمين واحد، وهو ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة.

(١) جاء في هامش المخطوط: (صنفين).

فنقول في الصنف الأول من الوجه الأول، وهو ما إذا كان الكل له، فأجر النصف من الأجنبي، فعند أبي حنيفة لا يجوز. وعن أبي يوسف ومحمد يجوز[1].

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة.

منهم من قال: لا ينعقد. فلا يجب الأجر أصلاً.

ومنهم من قال: بأنه ينعقد فاسداً حتى يجب أجر المثل. وهو الصحيح.

وفي الصنف الثاني من الوجه الأوّل وهو ما إذا كان بينهما فأجّر أحدهما النصف.

اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة.

حكى أبو طاهرٍ الدبّاس: أنه يجوز.

وحكى عنه غيره: أنّه لا يجوز. وإليه مال شمس الأئمة أبو بكر محمد ابن أبي سهل السرخسي، والشيخ الإمام برهان الأئمة.

قلت: قال الإمام الكرخي في جامعه[2]: نص أبو حنيفة: أنه إذا أجّر بعض ملكه أو أجّر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي، فهو فاسدٌ، سواء فيما يقسم وفيما لا يقسم.

---

(١) في المخطوط: (لا يجوز) وهو سبق قلم من الناسخ. والله أعلم.

(٢) الجامع الكبير في فروع الحنفية لأبي الحسن عبيدالله بن حسين الكرخي الحنفي، المتوفى سنة ٣٤٠هـ. قال صاحب كشف الظنون (١/ ٥٧٠): ذكره في مختصره، وقال: من أراد مجاوزة ما في هذا الكتاب ـ يعني: المختصر ـ فلينظر في الجامع الصغير الذي ألفناه، وإن أراد أكثر من ذلك فالكبير يستغرق ذلك كله.

وقال في الصغرى والتتمة[1] وقاضي خان والحقائق: الفتوى على قول أبي حنيفة.

قال: وفي الوجه الثاني وهو ما إذا أجر من شريكه جاز بالاتفاق في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز. هذا هو الكلام في الشيوع المقارن.

وأمّا الشيوع الطارئ: ففي ظاهر الرواية: لا يفسد.

وروى خالد بن صبيح، عن أبي حنيفة [٥٥/أ] أنه يفسد.

قلت: فإذا مات أحد الأجيرين أو المستأجرين تنقضي الإجارة في نصيب الميت، ويبقى في نصيب الحي في ظاهر الرواية مع الشيوع الطارئ.

قال: هذا إذا أجّر النصف من واحدٍ. أمّا إذا أجّر الكلّ من اثنين، فهذا على وجهين.

أمّا إذا أجمل بأن قال: أجرت الدار منكما أو فصّل. والتفصيل لائح لما إذا كان تفضّلاً بالتنصيف بأن قال: نصفها منك ونصفها منك أو بالأثلاث بأن قال: ثلثها منك وثلثيها منك.

ففي الوجه الأوّل وهو الإجمال جاز بالاتفاق.

وفي التفضيل بالتنصيف أو بالأثلاث.

يجب أن تكون المسألة على قول أبي حنيفة على الاختلاف الذي حكيناه

---

(١) تتمة الفتاوى للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز الحنفي صاحب المحيط، المتوفى سنة ٦١٦هـ. تقدّم الكلام عنه.

في النصف الثاني من الوجه الأوّل، وهو ما إذا كان الكل بين اثنين، وأجر النصف أحدهما.

وأمّا إذا أعار الشائع جازت الإعارة في الوجوه كلها.

قلت: وهذا يكون مع الشريك ووديعة المشاع أيضاً جائزة. ذكرها ظهير الدين في فتاويه. ويكون أيضاً مع الشريك.

وقرض المشاع جائزٌ قضاءً. ذكره في الهداية.

قال في الشرح: كما إذا دفع ألفاً. وقال: خمس مئة منه قرض، وخمس مئة شركة.

وغصب المشاع.

ذكر أبو الفضل الكرماني في إشارات الجامع: أنّه لا يتحقق.

وذكر الصّدر الشهيد: أنه يتصور.

وفي البزدوي[1] ـ وعليه الفتوى ـ: وذكر له صوراً في الفصول. والله أعلم.

وأمّا إذا وهب الشائع. فهذا أيضاً على قسمين:

---

(١) قال المصنف في تاج التراجم (ص١٤): علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم ابن موسى بن عيسى بن مجاهد، أبو الحسن، فخر الإسلام، البزدوي، الفقيه بما وراء النهر، صاحب الطريقة على مذهب الإمام أبي حنيفة، توفي يوم الخميس خامس رجب سنة اثنين وثمانين وأربع مئة، ودفن بسمرقند، له كتاب المبسوط أحد عشر مجلداً، وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وكتابه في أصول الفقه مشهور. قلت [ابن قطلوبغا]: قد خرجت أحاديثه، ولم أسبق إلى ذلك، والله الموفق. قال الذهبي: وكان مولده في حدود الأربع مئة، روى عنه: أبو المعالي محمد بن نصر الخطيب.

إمّا أن يحتمل القسمة أو لا يحتمل. وكل قسمٍ على وجهين:

أمّا إن وهب من أجنبي، أو من شريكه.

والوجه الأوّل: وهو ما إذا وهب من أجنبي على صنفين. أمّا إذا كان الكل له فوهب النصف من أجنبي أو كان بين اثنين فوهب النصف أحدهما. والجواب في القسمين يختلف. ففيما لا يحتمل القسمة يجوز الهبة في المواضع أجمع. وفيما يحتمل القسمة.

ففي الوجه الأول: لا تجوز الهبة عندنا في الصنفين جميعاً.

وفي الوجه الثاني: كذلك. هذا هو الكلام [٥٥/ب] في الشيوع المقارن.

وأمّا الشيوع الطارئ: لا تفسد الهبة بالاتفاق. هذا كله إذا وهب النصف من واحدٍ.

أمّا إذا وهب الكل من اثنين فهذا على وجهين:

أمّا إن بان. قال: وهبت الدار منكما أو فصل والفصل لائحٌ. إمّا أن يكون بالتنصيف بأن قال: نصفها منك ونصفها منك أو بالأثلاث بأن قال: ثلثها منك وثلثيها منك.

وفي الوجه الأول: لا يجوز عند أبي حنيفة، وجاز عند أبي يوسف ومحمّد.

وفي الوجه الثاني: إن كان بالأثلاث. فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز. وعند محمّدٍ يجوز.

وأمّا إذا تصدّق بالشّائع. فهذا وهبه الشائع في جميع ما ذكرنا سواء إلاّ في خصلةٍ واحدةٍ وهو: أنه إذا وهبَ الكلّ من اثنين وسلم إليهما عند أبي

حنيفة: لا يجوز رواية واحدة من غير اختلافٍ.

وفي التصدق اختلف المشايخ:

منهم من قال: لا يجوز أيضاً.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان. على رواية الأصل لا يجوز. وعلى رواية الجامع يجوز. وهو الصحيح.

وأمّا إذا وقف الشائع: لا يجوز عند محمّد، وعند أبي يوسف: يجوز.

قلت: قال في الهداية[1]: هذا فيما يحتمل القسمة، فأمّا ما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشُّيوع عند محمَّدٍ. انتهى.

وفي الحقائق والكبرى والتجنيس: الفتوى على قول محمد.

وبقول أبي يوسف، أخذ الصغار. واختاره مشايخ بلخٍ.

وأمّا إذا رهنَ الشائع. فهذا أيضاً على وجهين:

إمّا أن يحتمل القسمة، أو لا يحتمل.

وكل قسم على وجهين:

أمّا إن رهن من أجنبي أو من شريكه والأوجه الأول على صنفين.

إمّا أن يكون الكل له، فرهن النصف، وأمّا إن كان الكل بين اثنين فرهن أحدهما النصف.

فالجواب: في المواضع أجمع عندنا: لا يجوز.

وعند الشافعي: يجوز.

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام (١٤/ ٧٨) والعناية شرح الهداية (٨/ ٣٢٩).

واختلف المشايخ في قول علمائنا: إنّه لا ينعقد أو ينعقد فاسداً على حسب اختلافهم على قول أبي حنيفة في الإجارة. هذا هو الكلام في الشيوع المقارن [٥٦/ أ].

وأمّا الشيوع الطارئ: ففيه روايتان:

في روايةٍ: لا يفسد.

وفي رواية: بأن التنصيف يفسد هذا كله إذا رهن النصف من واحدٍ.

أمّا إذا رهن الكل من اثنين فهذا على وجهين:

أمّا إن أجمل بأن قال: وهبت الدار منكما أو فصل والتفصيل لائحٌ.

إمّا أن يكون بالتنصيف بأن قال: نصفها منك ونصفها منك.

وبالأثلاث بأن قال: ثلثها منك وثلثيها منك.

ففي الوجه الأول: جاز بالاتفاق.

وفي الوجه الثاني: لا يجوزُ.

كان التفصيل بالتنصيف أو بالأثلاث.

وأمّا الفصل الرابع:

فنقول: الشيوع في البيع غير مانعٍ بالاتفاق، وطريق عمل البيع في الشائع أنه يفيد الملك في الشائع، لكن الملك لا يراد لعينه[1]، وإنما يراد لغيره، وهو: الانتفاع. والانتفاع إنما يكون بالمفرز، والمفرز إنما يحصل بالقسمة. فتصير القسمة ملحقة بالملك. ويصير الحاصل من النصف المفرز نصف غير حقّه،

(١) في المخطوط: (لمعينة).

ونصف بدل حقه. فيصير العقد الوارد على الشائع مطلقاً له الانتفاع بالمفرز بواسطة القسمة.

وأمّا إجارة المشاع:

فالشيوع عند أبي يوسف ومحمد: غير مانع جوازها.

وطريـق عمل الإجـارة في الشائع عندهما ما هو طريق عمل البيـع في الشائع بالاتفاق.

وأمّا عند أبي حنيفة: فالشيوع فيها مانعٌ جوازها؛ فإنه لا يمكن طريق عمل البيع في الشائع بالاتفاق.

وأمّا عند أبي حنيفة فالشيوع فيها مانع جوازها؛ لأنه لا يمكن سد طريق عمل البيـع في الإجـارة من تحقيق المبادلـة؛ لأنّ ذلك إنما يكون بين ملك المتملك وبين ملك المالك. وهذا لا يمكن تحقيقه في الإجارة على ما ذكر في المسألة، ثم بعد هذا لأبي حنيفة وجهان:

أحدهما: أن الحكم يدور مع الشـائع. فعلى هذا: يمتنع جوازها في النصف الثانـي من الوجـه الأوّل. وهو ما إذا أجّر أحد الشريكين نصيبـه من أجنبي.

قال شمس الأئمة الحلواني والشيخ الإمام برهان الأئمة: ويمنع جواز الإجارة في الوجه الثاني وهو ما إذا أجّر من شريكه [٥٦/ ب].

وفي الشيوع الطارئ: يتخير: إن شاء يمنع وإن شاء يسلم.

والوجه الثاني: أن الحكم يدور مع المانع. فعلى هذا الوجه يسلم جوازها في النصف الثاني من الوجـه الأوّل وهو ما إذا أجّر أحد الشريكين نصيبه من

الأجنبي كما حكى أبو طاهر الدباس.

ويسلم جوازها في الوجه الثاني وهو ما إذا أجر من شريكه.

وفي الشيوع الثاني: يتخير أيضاً.

وأمّا الإعارة في الشائع: فعلى الوجه الأوّل.

يفرق أبو حنيفة فيقول: الحكم يدور مع الشيوع في عقدٍ يتصور المانع.

وفي الإعارة: لا يتصور المانع وهو العجز من التسليم مع توجه الخطاب بالتسليم. وعلى الوجه الثاني: يفرق أيضاً ويقول: لا مانع هنا.

وفي الإجارة: أبو يوسف ومحمّد فرقا. والفرق: أنّ في الإجارة لا مانع. وهنا مانع.

قلت: يعني في الهبة. وذلك أحد أمرين.

أمّا لزوم ضمان القسمة، وإمّا يمكن النقصان في القبض. والمانع: هو الشيوع المتمكن وقت التسليم. والحكم فيها يدور مع الشيوع حتى لم يجز في الصنف الثاني من الوجه الأول وهو ما إذا كان الكل بين اثنين فوهب أحدهما نصيبه، ولم يجز أيضاً في الوجه الثاني، وهو ما إذا وهبَ من شريكه. فإن قيـل: لو كان الحكم فيها يدور مع الشيوع وجب أن لا يختلف الجواب بين القسمين وهو ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل كما في الإجارة. لم يختلف.

قيل له: الحكم يـدور مع الشيوع لكن في تحمّلٍ يتصور المـانع وهو ضمان القيمة أو نقصان القبض بعد اشتراط الكمال، وكلاهما لا يتصور فيما لا يحتمل القسمة.

فإن قيل: لو كان الحكم يدور مع الشيوع في محل القصور المانع وجب

أن يجوّز الإجارة في النصف الثاني من الوجه الأوّل وهو ما إذا آجَر أحد الشريكين نصيبه من الأجنبي.

وقد قلت: إنه لا يجوز على الأوّل وهو إرادة الحكم مع الشيوع.

قيل له: نعم. وقد عجز الأجر عن تسليم هذا النصف إلى المستأجر متصورٍ بأسبابٍ، فإذا كان المحل يتصوّر [٥٧/ أ] فيه عجز آخر، عن التسليم. دار الحكم مع الشيوع في محلٍ يتصور هذا المانع.

وأبو حنيفة سوّى بين الهبة والإجارة على الوجه الأوّل في الإجارة وهو إدارة الحكم مع الشيوع. وفرّق على الوجه الثاني.

والفرق: أن الشيوعَ في الهبة سبب لذلك المعنى المانع؛ لأن تمليك الشائع سببٌ لثبوت الملك في الشائع. والملك في الشائع سبب المطالبة بالقسمة. فكان تمليك الشائع سبباً لذلك المعنى. والمعنى يدور مع السبب كما دارت الرخصة في السفر.

فأمّا الشيوع في الإجارة: فإنه ليس بسبب المعنى، لكن قد يتحقق ذلك المعنى المانع وقد لا، فلا يدور الحكم في الشيوع، ثم الطريق في الهبة عند أبي يوسف ومحمد: أن الشيوع المتمكن في العقد وقت التسليم مانعٌ. فإذا وهب الكل من رجلين وسلم إليهما، لم يتمكن الشيوع في العقد وقت القبض، فجاز عندهما. وكذا إذ فصّل بالتنصيف؛ لأن التفصيل بالتنصيف في العقد لم يصح؛ لأنه لو صحّ إنما صحّ لفائدةٍ. وفائدة العقد: الحكم. وحكم هذا العقد حال الإجمال والتفصيل بالتنصيف سواء، فلم يفد، فلم يصح، فلم يتمكن الشيوع في العقد وقت التسليم، فلم يجز.

وقال محمد: إن أفاد من حيث وصف التفصيل لم يفد من حيث أصل التفصيل، فيقع الشك في الجهة، فلا يصح، فلا يتمكن الشيوع في العقد. والطريق لأبي حنيفة. ما هو الطريق عندهما، لكنه قال حال الإجماع: يمكن الشيوع في العقد وقت التسليم بدلالة: أن الحكم في المجمل والمتصل بالتنصيف سواء، ولم يتمكن الشيوع في العقد حال الإجمال، لم يكن الحكم فيهما على السواء كما في الرهن.

وأمّا الصّدقة: فالطريق فيها ما هو الطريق في الهبة، إلاّ أنه إذا تصدّق بالكل على اثنين جاز عند أبي حنيفة على رواية الجامع الصغير[1]، والهبة لم تجز.

والفرق: أن في صدقة الشيوع، لم يتمكن وقت العقد؛ لأنّها إخراج المال إلى الله تعالى، لم يصرِ الفقر من الله.

وأمّا الوقف: فالكلام فيه تبين على حرفٍ، وهو: أنّ التسليم [٥٧/ ب] إلى المتولي عند محمد شرطٌ فيتصور أحد المانعين وهو تمكن النقصان في القبض فيقام الشيوع مقامه.

وأمّا الرهن: فالشيوع فيه مانعٌ جوازه عندنا. فبعد ذلك لنا طريقان:

أحدهما: أن الحكم يدور مع الشيوع حتى لم يجز في النصف الثاني من الوجه الأوّل وهو ما إذا رهن من شريكه. ويستوي الجواب في القسمين وهو الشّائع الذي يحتمل أوْ لا يحتمل القسمة.

فإن قيل: هلاّ فرّقت بين القسمين بما فرقت به بينهما في الهبة. وإن كان

---

(١) انظر الجامع الصغير (١/ ٤٣٥).

الحكم في الهبة أيضاً دائر مع الشيوع.

قلنا: في الهبة للقسم الثاني وهو الشائع الذي لا يحتمل القسمة ما هو المانع: لا يتصور قط هنا. يتصوّر كما نبين.

والوجه الثاني: أن الحكم يدور مع المانع وهو تأقيت العقد، فلم يجز في النصف الثاني من الوجه الأوّل وهو: ما إذا رهن أحد الشريكين نصيبه من الأجنبي، ولم يجز في الوجه الثاني، وهو ما إذا رهن من شريكه؛ لأنّ ما هنا المانع هنا متحققٌ وهو تأقيت العقد.

ويستوي الجواب في القسمين وهو الشائع الذي يحتمل القسمه، والذي لا يحتمل القسمة؛ لأنّ ما هو المانع يشمل القسمين، وهو تأقيت العقد على ما علم. والله سبحانه وتعالى أعلم.

☐ ☐ ☐

مجموعة رسائل

العلامة

قاسم بن قطلوبغا

(١٦)

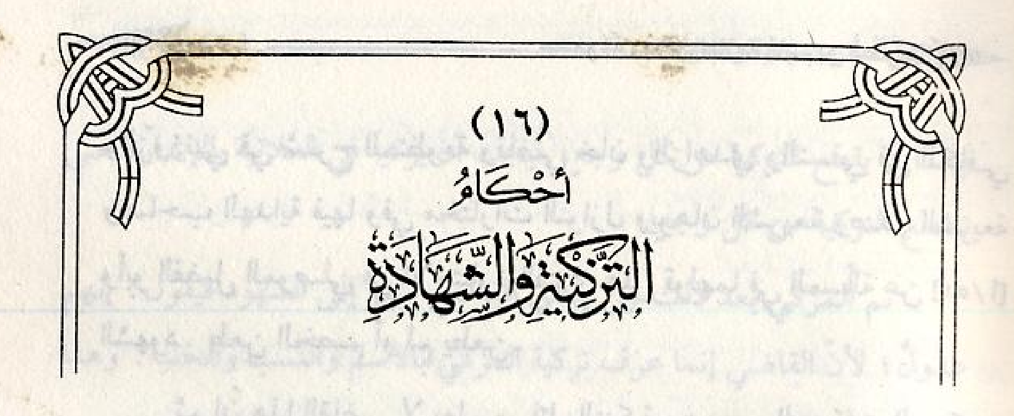
أحكام التزكية والشهادة

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى



(١٦)

أَحْكَامُ التَّزْكِيَةِ وَالشَّهَادَةِ

قال ـ رحمه الله تعالى ـ:

سئلتُ عن رجلٍ شهدَ عليه عند قاضٍ مالكي المذهب: ما يوجب الكفر والعياذ بالله.

فأراد القاضي قبول المشهود، وعسر عليه تعديل الشهود، فأرسلها إلى قاضٍ حنفي يشهدا عنده في شيء فيقبلهما. ويخبر القاضي المالكي بذلك ففعل.

ما الحكم في هذه الشهادة؟.

فأجبت:

أن القاضيين قد شاطا بدم الرجل، فصنع المالكي دليل تحامله. والحنفي أخطأ محل الفتوى والعمل.

فقد قال الإمامان أبو يوسف ومحمد: لا بأس أن يسأل الشهود في السّر والعلانية.

قال الإسبيجاني[1] وصاحب الينابيع والصّدر الشهيد في الفتاوى الكبرى

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (الإسبجاني). وهو الفقيه الحنفي، علي بن محمد بن إسماعيل، بهاء الدين الإسبيجاني السمرقندي، ولد سنة ٤٥٤هـ، ينعت بشيخ الإسلام، وهو من أهل سمرقند، وبها وفاته سنة ٥٣٥هـ، له كتب، منها: الفتاوى وشرح مختصر الطحاوي. الأعلام للزركلي (٤/ ٣٢٩).

والزَّوزني في شرح المنظومة وقاضي خان والزاهدي والنسفي في الكافي وصاحب الهداية فيها وفي مختارات النوازل وبرهان الشريعة وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي في الاختيار: الفتوى على قولهما في المسألة عن [٥٨/أ] الشهود. طعن الخصم أو لم يطعن.

ثم إنّ هذا القاضي لا يعلم مسائل التزكية وهي من المهمّات التي كتب فيها الإمام محمد بن الحسن، وتكلّم عليها الصّدر حسام الدين فقال: يحتاج إلى معرفة كتاب صورة المزكي، وصورة التزكية، فصورة المزكي هو الضعيف في نفسه، أمين من أمناء البلدة بإمرة القاضي يتعرف حال من لا تعرف عدالته من الشهود.

وصورة التزكية: أنه إذا شهد الشهود بين يدي القاضي. فالقاضي يكتب أسماءهم وأنسابهم وأسماء آبائهم وأجدادهم وحليتهم ومحلاتهم ومصلّاهم. ويبعث ذلك مختوماً على يدِ أمينةٍ إلى المزكي لينظر المزكي في حالهم، فإن وجدهم عدولاً كتب في آخر الكتاب أنّهم عدول عندي جائزي الشهادة، وإن وجدهم خلاف ذلك كتب: أنهم غير جائزي الشهادة.

ثم التزكية نوعان:

تزكية في السر.

وتزكية في العلانية.

فالتزكية في السّر: أن يسأل المزكي عن الشهود حال غيبتهم ويزكيهم بالكتاب إلى القاضي حال غيبتهم.

والتزكية في العلانية: أن يقول من يعرف حال الشهود للمزكي حال حضرته. هذا عدل؛ لأن المزكي إنما عرف الشاهد بالاسم والنسب والحلية.

وهذا لا يقطع التزكية من كل وجهٍ، فيجب أن يزكيه في العلانية بالإشارة حتى تنقطع التزكية من كل وجهٍ.

ثم المزكي بعد ذلك بين يدي القاضي يشير إلى الشهود فيقول: إنهم عدولٌ؛ لأنّ القاضي إنما عرف تزكية المزكي بالاسم والنسب والحلية. وهذا لا يقطع التزكية من كل وجهٍ.

فيعرف القاضي: أن المزكي إنما عدل أولئك الذين شهدوا عنده من كل وجهٍ، لكن لعدم التزكية في السّر على التزكية في العلانية؛ لأنّه أحوط؛ لأنّ المزكي إذا سأل عن حال الشاهد في العلانية ربما يكون [٥٨/ ب] الشّاهد فاسقاً، فلا يجد من يعرفه إمّا ستراً عليه، وإمّا خوفاً منه. وكذلك: إذا سأل القاضي المزكي عن حال الشهود[1] في العلانية. وللقاضي الخيار: إن شاء جمع بينهما؛ لأنّ أحوط؛ لأنه يزول الالتباس وتنقطع التزكية عنه عند المزكي والقاضي جميعاً من كل وجهٍ. وإن شاء اكتفى بالتزكية سراً.

واليوم في ديارنا اختار القضاة الاكتفاء بالتزكية سراً لأحد الأمرين: إمّا لكيلا يعرف المزكي فلا يخدع لتغيير أحوال النّاس ولكيلا يخاف المزكي من جرح الشهود.

قال محمد ـ رحمه الله ـ في الكتاب: والتزكية في العلانية هي التزكية الأولى وهو حسنةٌ جميلة يريد به أن المشروع في الابتداء: التزكية العلانية، وإنما أحد توابعه ذلك التزكية سراً.

والدليل عليه: ما ذكر محمد في الكتاب قال: بلغنا أن شريحاً كان يقبل

---

(١) جاء في هامش المخطوط: (الشاهد).

التزكية في العلانية، ثم أحدث تزكية السر. فقيل له: يا أبا [أمية][1]. أحدثت ما لم نكن نعرفه. فقال شريح: إنّ النّاس أحدثوا فأحدثنا لهم.

وفي الكتاب ثلاث مسائل:

إحداها: أنه هل للقاضي أن يقضي بظاهر العدالة من غير سؤالٍ إذا كان هذا الشاهد مستور الحال، وقد قدّمت الشهادة على حق ثبت مع الشبهات.

الثانية: أن العدد في المزكي والمترجم هل هو شرط.

الثالثة: أن المدعى عليه متى أقام البينة على ما يبطل شهادة الشهود، فيما إذا تقبل، وفيما إذا لا تقبل. إذا عرفنا هذا جئنا إلى ما افتتح محمد - رحمه الله - الكتاب به.

* **[المسألة الأولى]**:

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا تقدم بين يدي القاضي رجلان فادّعى أحدهما على صاحبه حقاً، وأنكر ذلك صاحبه، فأقام المدعي شاهدان على المدعى عليه وهما مستوران. فأراد القاضي أن يقضي بظاهر العدالة قبل أن يسأل عن حالهما.

قال أبو حنيفة: له أن يقضي بذلك إذا لم يطعن الخصم فيهم. والمشهود به حق ثبت مع الشبهات.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس له أن يقضي، وأجمعوا على أن المدعى به إذا كان [٥٩/أ] حقاً لا يثبت مع الشبهات كالحدود والقصاص. ليس للقاضي

(١) ما بين معكوفتين: فراغ في المخطوط استدرك من المبسوط - كتاب أدب القاضي، ومن تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.

أن يقضي. وأجمعوا على أنه إذا طعن الخصم في الشهود بأن جرحهم ليس له أن يقضي ما لم يسأل عنهم.

واختلف المشايخ:

منهم من قال: بأنّ هذا الاختلاف تفسير وزمانٌ، لا خلاف حجة وبرهان؛ لأنّ أبا حنيفة إنما قال ذلك في أوّل زمانه؛ لأنّ تعديل أهل زمانه إنما ثبت من جهة النبي ﷺ؛ لأنه كان في القرن الثالث. وقد أفتى النبي ﷺ على القرن الثالث بالخيرية. فإنه قال: «خَيْرُ الْقُرُونِ الَّذِي أَنَا فِيهِمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَفْشُو الْكَذِبُ»[1]. الحديث.

ومتى ثبت تعديل أهل زمانه من جهة النبي ﷺ استغنى القاضي عن تعديل المزكي، وأبو يوسف ومحمد إنّما قالا ذلك في أهل زمانهما؛ لأنّ تعديل أهل زمانهما لم يثبت من جهة النبي ﷺ، فاحتاج القاضي إلى تعديل المزكي. إلاّ أنّ هذا غير سديد.

والاعتراض عليه: أنّ في زمن أبي حنيفة إنما كان للقاضي أن يقضي بظاهر العدالة ما لم يطعن الخصم فيهم، فإذا طعن لم يكن له أن يقضي، وإن لم يطعن الخصم فيهم فيما لا يثبت مع الشبهات وهو الحدود والقصاص. ولو كان المعنى هذا، فإذا عدّلهم النبي ﷺ كان له أن يقضي، وإن طعن الخصم فيهم، وفيما ثبت مع الشبهات.

(١) رواه مسلم (٢٥٣٣) عن عبدالله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «خير أمتي القرن الذين يلوني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء قوم تسبق شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته».

ومنهم من قال: لا، بل هذا الخلاف اختلاف حجة وبرهان. وهو الصحيح.

هما يقولان: إنّ العدالة ثابتة باستصحاب الحال. والثابت باستصحاب الحال يصلح حجّةً لإبقاء ما كان ثابتاً، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وهو الأخذ بالشفعة، والحق لم يكن ثابتاً كالملك الثابت بظاهر النّص يصلح للدفع إيقاعاً ما كان ثابتاً، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن. وهو الأخذ بالشفعة. والحق لم يكن ثابتاً على المشهور عليه قبل الشهادة. فلا يثبت بالعدالة الثابتة باستصحاب الحال.

وأبو حنيفة احتجّ بما روى محمد في أدب [٥٩/ ب] القاضي، عن عمر بن الخطاب أنّه قال: الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إلاَّ مَجْلُودٌ حَدّاً، أَوْ مُجَرَّباً عَلَيْهِ شَهَادَةَ زُوراً، أَوْ ظِنِّيناً فِي وَلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ[1].

فهذا القول نقل عنه، ولم ينقل عن غيره خلاف ذلك. فحلّ محلّ الإجماع.

والفقه فيه: أنّ العدالة ثابتة باستصحاب الحال. والثّابت: باستصحابٍ يصلح حجّة لإثبات ما لم يكن ثابتاً حال عدم المنازعة كالملك الثابت بظاهرٍ إليه يصلح حجّة لاستحقاق الشفعة حال عدم منازعة المشتري. وهنا لم توجد

(١) رواه البيهقي في السنن (٢/ ٢٤) ومعرفة السنن والآثار (٦١٤٦) أن عمر كتب به إلى أبي موسى الأشعري.
وانظره في فتح القدير لابن الهمام (١٧/ ٦١ و١١٤ و٢٢/ ١٤٦) وبدائع الصنائع للكاشاني (١٤/ ٤٣٣) والعناية شرح الهداية (١٠/ ٣٨٩ و٣٩٢) وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٢/ ٢١٧ و٢٨٨).

المنازعة من الخصم؛ لأنّه لم يطعن، فصلح، فإن قيل: هذا إذا كان الخصم مختاراً في ترك المنازعة، وهنا هو مضطرٌ؛ لأنّه إنما ترك الطعن.

إمّا احتشاماً من الشهود لا خوفاً منهم.

وإمّا تحرزاً عن هتك الستر عليهم، وإمّا جهلاً منهم أنّ الطّعن شرطٌ، وكان مضطراً في ترك المنازعة بخلاف مسألة الشفيع.

فإنّ المشتري غير مضطر في ترك المنازعة، فإنه متى أنكر المشتري ملك الشفيع، لا يخاف منه، ولا يهتك ستره، فكان مختاراً.

والدليل عليه: الحدود والقصاص.

قيلَ له: الخصم هنا مختاراً في ترك المنازعة؛ لأنّه يمكنه أن يطعن في الشهود وبين يدي القاضي سراً متى خاف منهم، وتحرزاً عن هتك الستر، والجهل لا يكون عذراً؛ لأنه في دار الإسلام بخلاف الحدود والقصاص؛ فإنّها تندرئ بالشبهات. والنّصّ والظّاهر: أنّ حال ترك المنازعة، لا يخلو عن وقوع شبهةٍ واحتمال.

قلت: الإمام روى عن عمر بن الخطاب ما تقدم. وقد أفتى بخلاف ظاهر ما روي، فكانت العبرة لفتواه؛ لأنه أعلم بتأويله، إذ لا يترك إلاَّ بعلمه بالحال لاَ لرأيهِ بخلافه.

فقد روى الخصّاف، عن محمد بن أبي بكر الصديق قال: قالَ عمر: إنَّك لا تَقْبَلُ إلاَّ العَدْلَ[1].

(١) لم أجده.

وروي عن حبيب بن أبي ثابت قال: سأل عمر رجلاً عن رجلٍ؟ فقال: لاَ نَعْلَمُ إِلاَّ خَيْراً. فقال عمر: حسبكَ(1).

وروي عن عمر بن الخطّاب أنَّهُ قال: لاَ تَجُوزُ شهادة العبدِ(2) [٦٠/أ].

وروي عن عليٍّ: أَنَّهُ ردَّ شهادة الأعمى(3).

---

(1) رواه ابن أبي شيبة (٢١٧٤٥) قال: حدثنا وكيع، عن مسعر، عن حبيب قال: سأل عمر رجلاً عن رجلٍ؟ فقال: لا نعلم إلا خيراً. فقال عمر: حسبك.

(2) فيمن قال لا تجوز شهادة العبد: ابن عباس، كما في مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٢٨٦). وعطاء (٢٠٢٨٧ و٢٠٢٨٩). ومكحول (٢٠٢٨٨). وعامر (٢٠٢٩١) وعبد الرزاق (١٥٣٨٧). والشعبي (٢٠٢٩٢). وسفيان (٢٠٢٩٣).

وقال البيهقي في سننه (٢/ ٢٦٩): قال أبو يحيى السّاجي: روي عن عليٍّ والحسن والنّخعيّ والزّهريّ ومجاهدٍ وعطاءٍ: لا تجوز شهادة العبيد. وقال البخاريّ ـ رحمه الله ـ في التّرجمة: قال أنسٌ: شهادة العبد جائزةٌ إذا كان عدلاً وأجازها شريحٌ وزرارة بن أوفى. وقال ابن سيرين: شهادته جائزةٌ إلاّ العبد لسيّده. وأجازها الحسن وإبراهيم في الشّيء التّافه. وقال شريحٌ: كلكم بنو عبيدٍ وإماءٍ.

وروى مالك في الموطأ (٢٦٦٧): أنّه بلغه أنّ عمر بن الخطّاب قال: لا تجوز شهادة خصمٍ ولا ظنينٍ.

وروى عبد الرزاق (١٥٣٨٣) عن شريح قال: لا تجوز شهادة العبد لسيده، ولا الأجير لمن استأجره، ولا الشريك. قال معمر في حديثه: وكان شريح يجيز شهادة العبد في الشيء القليل. و(١٥٣٨٤) عن شريح قال: لا تجوز شهادة العبد لسيده، ولا الأجير لمن استأجره. و(١٥٣٨٥) عن إبراهيم قال: لا تجوز شهادة السيد لعبده، ولا العبد لسيده، ولا شريك لشريكه في الشيء إذا كان بينهما، فأما فيما سوى ذلك فشهادته جائزة.

(3) روى عبد الرزاق (١٥٣٨٠) قال: أخبرنا ابن عيينة، عن الأسود بن قيس، عن أشياخهم: أن علياً لم يجز شهادة أعمى في سرقة. =

وروي عن ابن عبّاسٍ: لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ(1).

فلم يعمل السلف بعمومه فيما عدا المستثنى، فكان الحكم على الغالب حينئذٍ. والله أعلم.

فالحق: أنه اختلاف عصرٍ كما صرّح به الإمام أبو بكر الرّازيّ(2) ـ وهذا

= وقال البخاري في صحيحه (٥/ ١٦٧): (باب شهادة الأعمى وأمره ونكاحه وإنكاحه ومبايعته وقبوله في التّأذين وغيره وما يعرف بالأصوات) وأجاز شهادته قاسمٌ، والحسن، وابن سيرين، والزّهريّ، وعطاءٌ. وقال الشّعبيّ: تجوز شهادته إذا كان عاقلاً. وقال الحكم: ربّ شيءٍ تجوز فيه.

(1) رواه ابن أبي شيبة (٢٣٣٣٣ و٢٣٣٣٤). وانظر: العناية شرح الهداية (١٤/ ١٣٥). وكذلك علي بن أبي طالب لم يجز شهادته كما في سنن البيهقي (٢/ ٩٦). والأقلف: هو من لم يختتن.

وورد قبول شهادته كما في: فتح القدير (١٧/ ١٦٢) والاختيار لتعليل المختار (١/ ٢٣) والجوهرة النيرة (٥/ ٤٦٧) والمحيط (٩/ ١٨٢ و٥٧٩).

(2) قال أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن (٢/ ٢٢١ ـ ٢٤٧): باب الشهود: قوله ﷻ: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾، قال أبو بكر: لما كان ابتداء الخطاب للمؤمنين في قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ﴾، ثم عطف عليه قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ دلّ ذلك على معنيين: أحدهما: أن يكون من صفة الشهود؛ لأن الخطاب توجه إليهم بصفة الإيمان، ولما قال في نسق الخطاب: ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾ كان كقوله: من رجال المؤمنين، فاقتضى ذلك كون الإيمان شرطاً في الشهادة على المسلمين، والمعنى الآخر الحرية، وذلك لما في فحوى الخطاب من الدلالة من وجهين: أحدهما: قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾، وذلك في الأحرار دون العبيد، والدليل عليه: أن العبد لا يملك عقود المداينات، وإذا أقرّ بشيءٍ لم يجز إقراره إلا بإذن مولاه، والخطاب إنما توجّه إلى من يملك ذلك على الإطلاق من غير إذن الغير، =

= فدلّ ذلك على أن من شرط هذه الشهادة الحرية، والمعنى الآخر من دلالة الخطاب قوله تعالى: ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾، فظاهر هذا اللفظ يقتضي الأحرار، كقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾؛ يعني: الأحرار، ألا ترى أنه عطف عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ فلم يدخل العبيد في قوله تعالى: ﴿مِنكُمْ﴾. وفي ذلك دليلٌ على أن من شرط هذه الشهادة: الإسلام، والحرية جميعاً، وأن شهادة العبد غير جائزة؛ لأن أوامر الله تعالى على الوجوب، وقد أمر باستشهاد الأحرار فلا يجوز غيرهم. وقد روى عن مجاهد في قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ قال: الأحرار.

فإن قيل: إن ما ذكرت إنما يدلّ على أن العبد غير داخل في الآية، ولا دلالة فيها على بطلان شهادته. قيل له: لما ثبت بفحوى خطاب الآية، أن المراد بها الأحرار، كان قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ أمراً مقتضياً للإيجاب، وكان بمنزلة قوله تعالى: واستشهدوا رجلين من الأحرار، فغير جائز لأحد إسقاط شرط الحرية؛ لأنه لو جاز ذلك لجاز إسقاط العدد. وفي ذلك دليلٌ على أن الآية قد تضمنت بطلان شهادة العبيد.

واختلف أهل العلم في شهادة العبيد: فروى قتادة، عن الحسن، عن علي قال: شهادة الصبي على الصبي، والعبد على العبد، جائزة.

وحدثنا عبدالرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا عبد الرحمن بن همام قال: سمعت قتادة يحدّث أن علياً ﷺ كان يستثبت الصبيان في الشهادة. وهذا يوهن الحديث الأول.

وروى حفص بن غياث، عن المختار بن فلفل، عن أنس قال: ما أعلم أحداً ردّ شهادة العبد.

وقال عثمان البتي: تجوز شهادة العبد لغير سيّده.

وذكر أن ابن شبرمة كان يراها جائزة.

يأثر ذلك عن شريح.

وكان ابن أبي ليلى لا يقبل شهادة العبيد، وظهرت الخوارج على الكوفة، وهو يتولى =

= القضاء بها، فأمروه بقبول شهادة العبيد، وبأشياء ذكروها له من آرائهم، كان على خلافها، فأجابهم إلى امتثالها، فأقرّوه على القضاء، فلما كان في الليل ركب راحلته، ولحق بمكة، ولما جاءت الدولة الهاشمية ردّوه إلى ما كان عليه من القضاء على أهل الكوفة.

وقال الزهري، عن سعيد بن المسيب قال: قضى عثمان بن عفان أن شهادة المملوك جائزة بعد العتق إذا لم تكن ردّت قبل ذلك.

وروى شعبة، عن المغيرة قال: كان إبراهيم يجيز شهادة المملوك في الشيء التافه.

وروى شعبة أيضاً، عن يونس، عن الحسن مثله.

وروي عن الحسن: أنها لا تجوز.

وروي عن حفص، عن حجاج، عن عطاء، عن ابن عباس قال: لا تجوز شهادة العبد.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، وابن شبرمة في إحدى الروايتين، ومالك، والحسن بن صالح، والشافعي: لا تقبل شهادة العبيد في شيء.

قال أبو بكر: وقد قدّمنا ذكر الدلالة من الآية على أن الشهادة المذكورة فيها مخصوصة بالأحرار دون العبيد، ومما يدلّ من الآية على نفي شهادة العبد، قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾، فقال بعضهم: إذا دعي فليشهد. وقال بعضهم: إذا كان قد أشهد. وقال بعضهم: هو واجب في الحالين، والعبد ممنوع من الإجابة لحق المولى وخدمته، وهو لا يملك الإجابة، فدلّ أنه غير مأمور بالشهادة، ألا ترى أنه ليس له أن يشتغل عن خدمة مولاه بقراءة الكتاب وإملائه والشهادة، ولما لم يدخل في خطاب الحج والجمعة لحق المولى، فكذلك الشهادة إذ كانت الشهادة غير متعينة على الشهداء، وإنما هي فرض كفاية، وفرض الجمعة والحج يتعيّن على كلّ أحدٍ في نفسه، فلما لم يلزمه فرض الحج والجمعة مع الإمكان لحقّ المولى، فهو أولى أن لا يكون من أهل الشهادة لحق المولى، ومما يدل على ذلك أيضاً، قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾. وقال أيضاً: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُوا۟﴾، فجعل الحاكم =

= شاهداً لله كما جعل سائر الشهود شهداء لله بقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾، فلما لم يجز أن يكون العبد حاكماً لم يجز أن يكون شاهداً، إذ كان كل واحد من الحاكم والشاهد به ينفذ الحكم ويثبت.

ومما يدل على بطلان شهادة العبد: قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ﴾، وذلك لأنه معلوم أنه لم يرد به نفي القدرة؛ لأن الرّق والحرية لا تختلف بهما القدرة، فدلّ على أن مراده نفي حكم أقواله وعقوده وتصرفه وملكه، ألا ترى أنه جعل ذلك مثل للأصنام التي كانت تعبدها العرب على وجه المبالغة في نفي الملك والتصرف، وبطلان أحكام أقواله فيما يتعلق بحقوق العباد.

وقد روي عن ابن عباس: أنه استدل بهذه الآية على أن العبد لا يملك الطلاق. ولولا احتمال اللفظ لذلك لما تأوله ابن عباس عليه، فدلّ ذلك على: أن شهادة العبد كلا شهادة كعقده وإقراره وسائر تصرفاته التي هي من جهة القول، فلما كانت شهادة العبد قوله وجب أن ينتفي وجوب حكمه بظاهر الآية، ومما يدل على بطلان شهادة العبيد: أن الشهادة فرضٌ على الكفاية، كالجهاد، فلما لم يكن العبد من أهل الخطاب بالجهاد ولو حضره وقاتل لم يسهم له وجب أن لا يكون من أهل الخطاب بالشهادة، ومتى شهد لم تقبل شهادته، ولم يكن له حكم الشهود، كما لم يثبت له حكم، وإن شهد القتال في استحقاق السهم، ويدل عليه: أنه لو كان من أهل الشهادة لوجب أن لو شهد بها فحكم بشهادته، ثم رجع عنها، أنه يلزمه غرم ما شهد به؛ لأن ذلك من حكم الشهادة، كما أن نفاذ الحكم بها إذا أنفذها الحاكم من حكمها، فلما لم يجز أن يلزمه الغرم بالرجوع علمنا أنه ليس من أهلها، وإن الحكم بشهادته غير جائز، وأيضاً فإنا وجدنا ميراث الأنثى على النصف من ميراث الذكر، وجعلت شهادة امرأتين بشهادة رجل، فكانت شهادة المرأة نصف شهادة الرجل، وميراثها نصف ميراثه، فوجب أن يكون العبد من حيث لم يكن من أهل الميراث رأساً أن لا يكون من أهل الشهادة؛ لأنا وجدنا لنقصان الميراث تأثيراً في نقصان الشهادة، فوجب أن يكون نفي الميراث موجباً لنفي الشهادة.

وما روي عن علي بن أبي طالب في جواز شهادة العبد؛ فإنه لا يصحّ من طريق النقل، =

= ولو صحّ كان مخصوصاً في العبد إذا شهد على العبد، ولا نعلم خلافاً بين الفقهاء: أن العبد والحر سواء فيما تجوز الشهادة فيه، فإن قيل: لما كان خبر العبد مقبولاً إذا رواه عن النبي ﷺ لم يكن رقه مانعاً من قبول خبره، كذلك لا يمنع من قبول شهادته. قيل له: ليس الخبر أصلاً للشهادة، فلا يجوز اعتبارها به، ألا ترى أن خبر الواحد مقبول في الأحكام، ولا تجوز شهادة الواحد فيها، وأنه يقبل فيه فلان عن فلان، ولا يقبل في الشهادة إلا على جهة الشهادة على الشهادة، وأنه يجوز قبول خبره إذا قال: قال رسول الله ﷺ، ولا تجوز شهادة الشاهد إلا أن يأتي بلفظ الشهادة والسماع والمعاينة لما يشهد به، فإن الرجل والمرأة متساويان في الأخبار، مختلفان في الشهادة؛ لأن شهادة امرأتين بشهادة رجل، وخبر الرجل والمرأة سواء، فلا يجوز الاستدلال بقبول خبر العبد على قبول شهادته.

قال أبو بكر: قال محمد بن الحسن: لو أن حاكماً حكم بشهادة عبد، ثم رفع إليّ، أبطلت حكمه؛ لأن ذلك مما أجمع الفقهاء على بطلانه.

وقد اختلف الفقهاء في شهادة الصبيان: فقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر: لا تجوز شهادة الصبيان في شيء. وهو قول ابن شبرمة، والثوري، والشافعي.

وقال ابن أبي ليلى: تجوز شهادة بعضهم على بعض. وقال مالك: تجوز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح، ولا تجوز على غيرهم، وإنما تجوز بينهم في الجراح وحدها، قبل أن يتفرقوا ويجيئوا ويعلموا، فإن افترقوا فلا شهادة لهم، إلا أن يكونوا قد أشهدوا على شهادتهم قبل أن يتفرقوا، وإنما تجوز شهادة الأحرار الذكور منهم، ولا تجوز شهادة الجواري من الصبيان والأحرار.

قال أبو بكر: روي عن ابن عباس، وعثمان، وابن الزبير، إبطال شهادة الصبيان.

وروي عن علي إبطال شهادة بعضهم على بعض. وعن عطاء مثله.

وروى عبدالله بن حبيب بن أبي ثابت قال: قيل للشعبي: إن إياس بن معاوية لا يرى بشهادة الصبيان بأساً. فقال الشعبي: حدثني مسروق: أنه كان عند علي كرم الله وجهه إذ جاءه خمسة غلمة فقالوا: كنا ستة نتغاط في الماء فغرق منا غلامٌ، فشهد الثلاثة على الإثنين: أنهما غرّقاه، وشهد الإثنان أن الثلاثة غرّقوه، فجعل على الإثنين ثلاثة =

= أخماس الدية، وعلى الثلاثة خمسي الدية. إلا أن عبدالله بن حبيب غير مقبول الحديث عند أهل العلم، ومع ذلك فإن معنى الحديث مستحيلٌ لا يصدّق مثله عن عليّ ؓ؛ لأن أولياء الغريق إن ادّعوا على أحد الفريقين فقد أكذبوهم في شهادتهم على غيرهم، وإن ادّعوا عليهم كلهم فهم يكذبون الفريقين جميعاً. فهذا غير ثابت عن عليّ كرم الله وجهه.

ومما يدل على بطلان شهادة الصبيان، قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ وذلك خطاب للرجال البالغين لأن الصبيان لا يملكون عقود المداينات وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ لم يدخل فيه الصبي لأن إقراره لا يجوز وكذلك قوله: ﴿وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ لا يصح أن يكون خطاباً للصبي لأنه ليس من أهل التكليف فيلحقه الوعيد ثم قوله: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ وليس الصبيان من رجالنا ولما كان ابتداء الخطاب بذكر البالغين كان قوله من رجالكم عائداً عليهم ثم قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ يمنع أيضاً جواز شهادة الصبي وكذلك قوله: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ هو نهي وللصبي أن يأبى من إقامة الشهادة وليس للمدعي إحضاره لها ثم قوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ غير جائز أن يكون خطاباً للصغار، فلا يلحقهم المأثم بكتمانها. ولما لم يجز أن يلحقه ضمان بالرجوع دل على أنه ليس من أهل الشهادة؛ لأن كل من صحت شهادته لزمه الضمان عند الرجوع. وأما إجازة شهادتهم في الجراح خاصة وقبل أن يتفرقوا ويجيئوا، فإنه تحكم بلا دلالة وتفرقة بين من لا فرق فيه في أثر ولا نظر؛ لأن في الأصول أن كل من جازت شهادته في الجراح فهي جائزة في غيرها وأما اعتبار حالهم قبل أن يتفرقوا ويجيئوا فإنه لا معنى له لأنه جائز أن يكون هؤلاء الشهود هم الجناة ويكون الذي حملهم على الشهادة الخوف من أن يؤخذوا به. وهذا معلوم من عادة الصبيان إذا كان منهم جناية إحالته بها على غيره خوفاً من أن يؤخذ بها وأيضاً لما شرط الله في الشهادة العدالة وأوعد شاهد الزور ما أوعده به ومنع من قبول شهادة الفساق ومن لا يزع عن الكذب احتياطاً لأمر الشهادة فكيف تجوز شهادته من هو غير مأخوذ بكذبه. وليس له حاجز يحجزه =

= عن الكذب ولا حياء يردعه ولا مروءة تمنعه وقد يضرب الناس المثل بكذب الصبيان فيقولون: هذا أكذب من صبيٍّ. فكيف يجوز قبول شهادة من هذا حاله فإن كان إنما اعتبر حالهم قبل تفرقهم وقبل أن يعلمهم غيرهم؛ لأنه لا يتعمد الكذب دون تلقين غيره، فليس ذلك كما ظن، لأنهم يتعمدون الكذب من غير مانع يمنعهم، وهم يعرفون الكذب كما يعرفون الصدق إذا كانوا قد بلغوا الحد الذي يقومون بمعنى الشهادة والعبارة: عما شهدوا. وقد يتعمدون الكذب لأسبابٍ عارضة منها خوفهم من أن تنسب إليهم الجناية أو قصداً للمشهود عليه بالمكروه. ومعانٍ غير ذلك معلومة من أحوالهم، فليس لأحدٍ أن يحكم لهم بصدق الشّهادة قبل أن يتفرقوا، كما لا يحكم لهم بذلك بعد التفرق، وعلى أنه لو كان كذلك، وكان العلم حاصلاً بأنهم لا يكذبون ولا يتعمدون لشهادة الزور فينبغي أن تقبل شهادة الإناث كما تقبل شهادة الذكور، وتقبل شهادة الواحد كما تقبل شهادة الجماعة، فإذا اعتبر العدد في ذلك وما يجب اعتباره في الشهادة من اختصاصها في الجراح بالذكور دون الإناث فواجبٌ أن يستوفى لها سائر شروطها من البلوغ والعدالة، ومن حيث أجازوا شهادة بعضهم على بعضٍ فواجبٌ إجازتها على الرجال؛ لأن شهادة بعضهم على بعضٍ ليست بآكد منها على الرجال إذ هم في حكم المسلمين عند قائل هذا القول والله الموفق.

واختلف في شهادة الأعمى: فقال أبو حنيفة ومحمد: لا تجوز شهادة الأعمى بحالٍ. وروي نحوه عن علي بن أبي طالب ؓ. وروى عمرو بن عبيد، عن الحسن قال: لا تجوز شهادة الأعمى بحالٍ. وروي عن أشعث مثله إلا أنه قال: إلاّ أن تكون في شيءٍ رآه قبل أن يذهب بصره. وروى ابن لهيعة، عن أبي طعمة، عن سعيد بن جبير قال: لا تجوز شهادة الأعمى. وحدثنا عبدالرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثني حجاج بن جبير بن حازم، عن قتادة قال: شهد أعمى عند إياس بن معاوية على شهادةٍ فقال له إياس: لا نرد شهادتك، إلاّ أن لا تكون عدلاً ولكنك أعمى لا تبصر. قال: فلم يقبلها. وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى والشافعي: إذا علمه قبل العمى جازت، وما علمه في حال العمى لم تجز. وقال شريح والشعبي: شهادة الأعمى جائزة. وقال مالك والليث بن سعد: شهادة الأعمى جائزة وإن علمه في حال العمى إذا عرف الصوت في الطلاق والإقرار =

= ونحوه، وإن شهد على زنا أو حد القذف لم تقبل شهادته. والدليل على بطلان شهادة الأعمى: ما حدثنا عبدالباقي بن قانع قال: حدثنا عبدالله بن محمد بن ميمون البلخي الحافظ قال: حدثنا يحيى بن موسى يعرف بخت قال: حدثنا محمد بن سليمان بن مسمول قال: حدثنا عبدالله بن سلمة بن وهرام، عن أبيه، عن طاوس، عن ابن عباس قال: سئل ﷺ عن الشهادة فقال: «ترى هذه الشمس فاشهد وإلاّ فدع».

فجعل من شرط صحة الشهادة: معاينة الشاهد لما شهد به، والأعمى لا يعاين المشهود عليه، فلا تجوز شهادته. ومن جهة أخرى: أن الأعمى يشهد بالاستدلال فلا تصح شهادته، ألا ترى: أنّ الصوت قد يشبه الصوت، وإن المتكلم قد يحاكي صوت غيره ونغمته حتى لا يغادر منها شيئاً، ولا يشك سامعه إذا كان بينه وبينه حجابٌ أنه المحكي صوته فغير جائزٍ قبول شهادته على الصوت، إذ لا يرجع منه إلى يقينٍ، وإنما يبنى أمره على غالب الظن. وأيضاً: فإن الشاهد مأخوذ عليه بأن يأتي بلفظ الشهادة ولو عبر بلفظ غير لفظ الشهادة بأن يقول: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته فعلمت أنها حين كانت مخصوصة بهذا اللفظ. وهذا اللفظ يقتضي مشاهدة المشهود به، ومعاينته. فلم تجز شهادة من خرج من هذا الحد وشهد عن غير معاينة، فإن قال قائل: يجوز للأعمى إقدامه على وطء امرأته إذا عرف صوتها، فعلمنا: أنه يقينٌ ليس بشكٌ إذ غير جائزٍ لأحدٍ الإقدام على الوطء بالشك.

قيل له: يجوز له الإقدام على وطء امرأته بغالب الظنّ بأن زفت إليه امرأة. وقيل له: هذه امرأتك، وهو لا يعرفها، يحل له وطؤها. وكذلك جائزٌ له قبول هدية جارية بقول الرسول، ويجوز له الإقدام على وطئها ولو أخبره مخبرٌ عن زيدٍ بإقرارٍ أو بيعٍ أو قذفٍ، لما جاز له إقامة الشّهادة على المخبر عنه؛ لأن سبيل الشّهادة: اليقين والمشاهدة. وسائر الأشياء التي ذكرت، يجوز فيها استعمال غالب الظن، وقبول قول الواحد، فليس ذلك إذاً أصلاً للشهادة. وأما إذا استشهد وهو بصيرٌ، ثم عمي فإنما لم نقبله من قبل أنا قد علمنا أن حال تحمل الشهادة أضعف من حال الأداء. والدليل عليه: أنه غير جائزٍ أن يتحمل الشهادة وهو كافر أو عبد أو صبي، ثم يؤديها وهو حرٌّ مسلمٌ بالغٌ تقبل شهادته ولو أداها وهو صبي أو عبد أو كافر لم =

= تجز فعلمنا: أن حال الأداء أولى بالتأكيد من حال التحمل، فإذا لم يصح تحمل الأعمى للشهادة وكان العمى مانعاً من صحة التحمل وجب أن يمنع صحة الأداء. وأيضاً لو استشهده وبينه وبينه حائل لما صحت شهادته وكذلك لو أداها وبينهما حائل لم تجز شهادته، والعمى حائل بينه وبين المشهود عليه فوجب أن لا تجوز. وفرق أبو يوسف بينهما بأن قال: يصح أن يتحمل الشهادة بمعاينته، ثم يشهد عليه وهو غائبٌ أو ميّت، فلا يمنع ذلك جوازها، فكذلك عمى الشاهد بمنزلة موت المشهود عليه أو غيبته، فلا يمنع قبول شهادته. والجواب عن ذلك من وجهين: أحدهما: أنه إنما يجب اعتبار الشاهد في نفسه فإن كان من أهل الشهادة قبلناها، وإن لم يكن من أهل الشهادة لم نقبلها. والأعمى قد خرج من أن يكون من أهل الشهادة بعماه، فلا اعتبار بغيره. وأما الغائب والميت، فإن شهادة الشاهد عليهما صحيحة إذ لم يعترض فيه ما يخرجه من أن يكون من أهل الشهادة وغيبة المشهود عليه وموته لا تؤثر في شهادة الشاهد، فلذلك جازت شهادته. والوجه الآخر: أنا لا نجيز الشهادة على الميت والغائب إلا أن يحضر عنه خصم فتقع الشهادة عليه فيقومُ حضوره مقام حضور الغائب والميت والأعمى في معنى من يشهد على غير خصم حاضر فلاتصح شهادته، فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾. وقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾. والأعمى قد يكون مرضياً وهو من رجالنا الأحرار، فظاهر ذلك يقتضي قبول شهادته. قيل له: ظاهر الآية يدل: على أن الأعمى غير مقبول الشهادة؛ لأنه قال: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا﴾. والأعمى لا يصح استشهاده؛ لأن الاستشهاد هو إحضار المشهود عليه ومعاينته إياه وهو غير معاين ولا مشاهد لمن يحضره؛ لأن العمى حائل بينه وبين ذلك كحائطٍ لو كان بينهما، فيمنعه ذلك من مشاهدته، ولما كانت الشهادة إنما هي مأخوذة من مشاهدة المشهود عليه ومعاينته على الحال التي تقتضي الشهادة إثبات الحق عليه وكان ذلك معدوماً في الأعمى، وجب أن تبطل شهادته فهذه الآية؛ لأن تكون دليلاً على بطلان شهادته أولى من أن تدل على إجازتها. وقال زفر: لا تجوز شهادة الأعمى إذا شهد بها قبل العمى أو بعده إلا في النسب أن يشهد =

= أنّ فلاناً ابن فلان. قال أبو بكر: يشبه أن يكون ذهب في ذلك إلى أن النسب قد تصح الشهادة عليه بالخبر المستفيض وإن لم يشاهده الشاهد، فلذلك جائز إذا تواتر عند الأعمى الخبر بأنّ فلاناً ابن فلان أن يشهد به عند الحاكم، وتكون شهادته مقبولة. ويستدل على صحة ذلك: بأن الأعمى والبصير سواء فيما ثبت حكمه عن الرسول ﷺ من طريق التواتر وإن لم يشاهد المخبرين من طريق المعاينة، وإنما يسمع أخبارهم فكذلك جائزٌ أن يثبت عنده علم صحة النسب من طريق التواتر وإن لم يشاهد المخبرين، فتجوز إقامة الشهادة به، وتكون شهادته مقبولة فيه، إذ ليس شرط هذه الشهادة معاينة المشهود به. واختلف في شهادة البدوي على القروي: فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والليث والأوزاعي والشافعي: هي جائزة إذا كان عدلاً. وروي نحوه عن الزهري. وروى ابن وهب، عن مالكٍ قال: لا تجوز شهادة بدوي على قروي إلا في الجراح. وقال ابن القاسم عنه: لا تجوز شهادة بدوي على قروي في الحضر إلا في وصية القروي في السفر أو في بيع فتجوز إذا كانوا عدولاً. قال أبو بكرٍ: جميع ما ذكرنا من دلائل الآية على قبول شهادة الأحرار البالغين يوجب التسوية بين شهادة القروي والبدوي؛ لأن الخطاب توجه إليهم بذكر الإيمان بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ وهؤلاء من جملة المؤمنين. ثم قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾؛ يعني: من رجال المؤمنين الأحرار، وهذه صفة هؤلاء. ثم قال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ وإذا كانوا عدولاً فهم مرضيون. وقال في آيةٍ أخرى في شأن الرجعة والفراق: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾. وهذه الصفة شاملة للجميع إذا كانوا عدولاً. وفي تخصيص القروي بها دون البدوي: ترك العموم بغير دلالةٍ، ولم يختلفوا أنهم مرادون بقوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ وبقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ أنهم يجيزون شهادة البدوي على بدويٍّ مثله على شرط الآية وإذا كانوا مرادين بالآية فقد اقتضت جواز شهادتهم على القروي من حيث اقتضت جواز شهادة بعضهم على بعضٍ، ومن حيث اقتضت جواز شهادة القروي على البدوي فإن احتجوا بما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا حسين بن إسحاق التستري قال: حدثنا حرملة بن يحيى قال: حدثنا ابن =

= وهب قال: حدثنا نافع بن يزيد بن الهادي، عن محمد بن عمرو، عن عطاء بن يسار، عن أبي هريرة، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية». فإن مثل هذا الخبر لا يجوز الاعتراض به على ظاهر القرآن، مع أنه ليس فيه ذكر الفرق بين الجراح وبين غيرها، ولا بين أن يكون القروي في السفر أو في الحضر. فقد خالف المحتج به ما اقتضاه عمومه. وقد روى سماك بن حرب، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: شهد أعرابيٌّ عند رسول الله ﷺ في رؤية الهلال فأمر بلالاً ينادي في الناس فليصوموا غداً. فقبل شهادته وأمر الناس بالصيام. وجائزٌ أن يكون حديث أبي هريرة في أعرابيٍّ شهد شهادةً عند النبي ﷺ، وعلم النبي ﷺ خلافها مما يبطل شهادته، فأخبر به. فنقله الراوي من غير ذكر السبب. وجائزٌ أن يكون قاله في الوقت الذي كان الشرك والنفاق غالبين على الأعراب كما قال ﷻ: ﴿وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَن يَتَّخِذُ مَا يُنفِقُ مَغْرَمًا وَيَتَرَبَّصُ بِكُمُ الدَّوَائِرَ﴾. فإنما منع قبول شهادة من هذه صفته من الأعراب. وقد وصف الله قوماً آخرين من الأعراب بعد هذه الصفة ومدحهم بقوله: ﴿وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَن يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيَتَّخِذُ مَا يُنفِقُ قُرُبَاتٍ عِندَ اللَّهِ وَصَلَوَاتِ الرَّسُولِ﴾ الآية. فمن كانت هذه صفته فهو مرضي عند الله وعند المسلمين، مقبول الشهادة، ولا يخلو البدوي من أن يكون غير مقبول الشهادة على القروي إما لطعنٍ في دينه أو جهلٍ منه بأحكام الشهادات. وما يجوز أداؤها منها مما لا يجوز، فإن كان لطعنٍ في دينه فإن هذا غير مختلفٍ في بطلان شهادته، ولا يختلف فيه حكم البدوي والقروي. وإن كان لجهلٍ منه بأحكام الشهادات فواجبٌ أن لا تقبل شهادته على بدويٍّ مثله، وأن لا تقبل شهادته في الجراح، ولا على القروي في السفر، كما لا تقبل شهادة القروي إذا كان بهذه الصفة. ويلزمه أن يقبل شهادة البدوي إذا كان عدلاً عالماً بأحكام الشهادة على القروي وعلى غيره لزوال المعنى الذي من أجله امتنع من قبول شهادته، وأن لا يجعل لزوم سمة البدو إياه والنسبة إليه علة لرد شهادته كما لا تجعل نسبة القروي إلى القرية علة لجواز شهادته إذا كان مجانباً للصفات المشروطة لجواز الشهادة قوله ﷻ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾. فقال أبو بكر: أوجب أبدوياً استشهاد شهيدين، وهما الشاهدان؛ لأن الشهيد والشاهد واحد =

= كما أن عليم وعالم واحد، وقادر وقدير واحد، ثم عطف عليه قوله: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ﴾؛ يعني: إن لم يكن الشهيدان رجلين ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾. فلا يخلو قوله: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ﴾ من أن يريد به: فإن لم يوجد رجلان فرجل وامرأتان. كقوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا﴾. وكقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ ثم قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. وما جرى مجرى ذلك في الأبدال التي أقيمت مقام أصل الفرض عند عدمه أو أن يكون مراده فإن لم يكن الشهيدان رجلين فالشهيدان رجل وامرأتان. فأفادنا إثبات هذا الاسم للرجل والمرأتين حتى يعتبر عمومه في جواز شهادتهما مع الرجل في سائر الحقوق إلاّ ما قام دليله، فلما اتفق المسلمون على جواز شهادة رجلٍ وامرأتين مقام رجلين عند عدم الرجلين فثبت الوجه الثاني وهو: أنه أراد تسمية الرجل والمرأتين شهيدين، فيكون ذلك اسماً شرعياً يجب اعتباره فيما أمرنا فيه باستشهاد شهيدين إلاّ موضعاً قام الدليل عليه، فيصح الاستدلال بعمومه في قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين». وإثبات النكاح والحكم بشهادة رجلٍ وامرأتين إذ قد لحقهم اسم شهيدين. وقد أجاز النبي ﷺ النكاح بشهادة شاهدين. وقد اختلف أهل العلم في شهادة النساء مع الرجال في غير الأموال فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وعثمان البتي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال في الحدود، ولا في القصاص. وتقبل فيما سوى ذلك من سائر الحقوق. وحدثنا عبدالباقي بن قانع قال: حدثنا بشر بن موسى قال: حدثنا يحيى بن عبادة قال: حدثنا شعبة، عن الحجاج بن أرطاة، عن عطاء بن أبي رباح: أنّ عمر أجاز شهادة رجلٍ وامرأتين في نكاحٍ. وروى جرير بن حازم، عن الزبير بن الخريت، عن أبي لبيد: أنّ عمر أجاز شهادة النساء في طلاق. وروى إسرائيل، عن عبد الأعلى، عن محمد ابن الحنفية، عن علي ﵁ قال: تجوز شهادة النساء في العقد. وروى حجاج، عن عطاء: أن ابن عمر كان يجيز شهادة النساء مع الرجل في النكاح. وروي عن عطاء: أنه كان يجيز شهادة النساء في الطلاق. وروي عن عون، عن الشعبي، عن شريح: أنه أجاز شهادة رجل وامرأتين في عتقٍ وهو قول الشعبي في الطلاق. وروي عن =

= الحسن والضحاك قالا: لا تجوز شهادتهن إلاّ في الدين والولد. وقال مالك: لا تجوز شهادة النساء مع الرجال في الحدود والقصاص ولا في الطلاق ولا في النكاح ولا في الأنساب ولا في الولاء ولا الإحصان. وتجوز في الوكالة والوصية إذا لم يكن فيها عتق. وقال الثوري: تجوز شهادتهن في كلّ شيءٍ إلاّ الحدود. وروي عنه: أنها لا تجوز في القصاص أيضاً. وقال الحسن بن حي: لا تجوز شهادتهن في الحدود. وقال الأوزاعي: لا تجوز شهادة رجلٍ وامرأتين في نكاح. وقال الليث: تجوز شهادة النساء في الوصية والعتق، ولا تجوز في النكاح ولا الطلاق ولا الحدود ولا قتل العمد الذي يقاد منه. وقال الشافعي: لا تجوز شهادة النساء مع الرجال في غير الأموال، ولا يجوز في الوصية إلا الرجل وتجوز في الوصية بالمال. قال أبو بكر: ظاهر هذه الآية يقتضي جواز شهادتهن مع الرجل في سائر عقود المداينات وهي كل عقدٍ واقع على دينٍ سواء كان بدله مالاً أو بضعاً أو منفع أو دم عمدٍ؛ لأنه عقد فيه دين، إذ المعلوم: أنه ليس مراد الآية في قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ أن يكون المعقود عليهما من البدلين دينين لامتناع جواز ذلك إلى أجلٍ مسمّى. فثبت: أن المراد وجود دين عن بدل أيّ دينٍ كان. فاقتضى ذلك: جواز شهادة النساء مع الرجل على عقد نكاح فيه مهر مؤجل إذا كان ذلك عقد مداينة، وكذلك الصلح من دم العمد، والخلع على مال، والإجارات فمن ادعى خروج شيء من هذه العقود من ظاهر الآية لم يسلم له ذلك إلاّ بدلالة إذ كان العموم مقتضياً لجوازها في الجميع، ويدل على جواز شهادة النساء في غير الأموال، ما حدثنا عبدالباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن القاسم الجوهري قال: حدثنا محمد بن إبراهيم أخو أبي معمر قال: حدثنا محمد بن الحسن بن أبي يزيد، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن حذيفة: أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة. والولادة ليست بمالٍ. وأجاز شهادتها عليها. فدل ذلك: على أن شهادة النساء ليست مخصوصة بالأموال، ولا خلاف في جواز شهادة النساء على الولادة، وإنما الاختلاف في العدد. وأيضاً لما ثبت: أن اسم الشهيدين واقعٌ في الشرع على الرجل والمرأتين. وقد ثبت: أن اسم البينة يتناول الشهيدين وجب بعموم قوله: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». القضاء بشهادة =

= الرجل والمرأتين في كل دعوى إذ قد شملهم اسم البينة. ألا ترى أنها بينة في الأموال، فلما وقع عليها الاسم وجب بحق العموم قبولها لكل مدّعٍ إلا أن تقوم الدلالة على تخصيص شيء منه، وإنما خصصنا الحدود والقصاص، لما روى الزهري قال: مضت السّنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده: أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص. وأيضاً: لما اتفق الجميع على قبول شهادتهن مع الرجل في الديون وجب قبولها في كل حقٍّ لا تسقطه الشبهة إذا كان الدين حقاً، لا يسقط بالشبهة. ومما يدل على جوازها في غير الأموال من الآية: أن الله تعالى قد أجازها في الأجل بقوله: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ ثم قال: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ فأجاز شهادتها مع الرجل على الأجل وليس بمالٍ كما أجازها في المال. فإن قيل: الأجل لا يجب إلا في المال قيل له: هذا خطأ؛ لأن الأجل قد يجب في الكفالة بالنفس وفي منافع الأحرار التي ليست بمالٍ. وقد يؤجله الحاكم في إقامة البينة على الدم وعلى دعوى العفو منه بمقدار ما يمكن التقدم إليه. فقولك: إن الأجل لا يجب إلا في المال خطأ ومع ذلك: فالبضع لا يستحق إلاّ بمال، ولا يقع النكاح إلا بمال. فينبغي أن تجيز فيه شهادة النساء قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾. قال أبو بكر: لما كانت معرفة ديانات الناس وأماناتهم وعدالتهم إنما هي من طريق الظاهر دون الحقيقة إذ لا يعلم ضمائرهم ولا خبايا أمورهم غير الله تعالى، ثم قال الله تعالى فيما أمرنا باعتباره من أمر الشهود: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ دل ذلك: على أن أمر تعديل الشهود موكولاً إلى اجتهاد رأينا، وما يغلب في ظنوننا من عدالتهم وصلاح طرائقهم. وجائزٌ أن يغلب في ظن بعض النّاس عدالة شاهدٍ وأمانته فيكون عنه رضى ويغلب في ظن غيره أنه ليس يرضى فقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ مبني على غالب الظن، وأكثر الرأي والذي بني عليه أمر الشهادة أشياء ثلاثة: أحدها: العدالة. والآخر: نفي التهمة وإن كان عدلاً. والثالث: التيقظ والحفظ وقلة الغفلة. أما العدالة: فأصلها الإيمان واجتناب الكبائر، ومراعاة حقوق الله ﷻ في الواجبات والمسنونات، وصدق اللهجة والأمانة. وأن لا يكون محدوداً في قذفٍ. وأما نفي التهمة فأن لا يكون المشهود له والداً =

= ولا ولداً أو زوجاً وزوجة، وأن لا يكون قد شهد بهذه الشهادة فردت لتهمة، فشهادة هؤلاء غير مقبولة لمن ذكرنا وإن كانوا عدولاً مرضيين. وأما التيقظ والحفظ وقلة الغفلة: فأن لا يكون غفولاً غير مجربٍ للأمور، فإن مثله ربما لقن الشيء فتلقنه، وربما جوز عليه التزوير فشهد به. قال ابن رستم عن محمد بن الحسن في رجلٍ أعجميُ صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلقن فيأخذ به قال: هذا أشر من الفاسق في شهادته. وحدثنا عبدالرحمن بن سيما المحبر قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا أسود بن عامر قال: حدثنا ابن هلال، عن أشعث الحداني قال: قال رجلٌ للحسن: يا أبا سعيدٍ إن إياساً رد شهادتي، فقام معه إليه فقال: يا ملكعان لم رددت شهادته أو ما بلغك عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من استقبل قبلتنا وأكل من ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله». فقال: أيها الشيخ، أما سمعت الله يقول: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾. وإن صاحبك هذا ليس نرضاه. وحدثنا عبدالباقي بن قانع قال: حدثنا أبو بكر محمد بن عبد الوهاب قال: حدثنا السري بن عاصم بإسنادٍ ذكره: أنه شهد عند إياس بن معاوية رجل من أصحاب الحسن فرد شهادته فبلغ الحسن وقال: قوموا بنا إليه. قال: فجاء إلى إياس فقال: يا لكع ترد شهادة رجلٍ مسلم. فقال: نعم. قال الله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ وليس هو ممن أرضى. قال: فسكت الحسن. فقال خصم الشيخ: فمن شرط الرضا للشهادة أن يكون الشاهد متيقظاً حافظاً لما يسمعه، متقناً لما يؤديه. وقد ذكر بشر ابن الوليد، عن أبي يوسف في صفة العدل أشياء: منها: أنه قال: من سلم من الفواحش التي تجب فيها الحدود وما يشبه ما تجب فيه من العظائم وكان يؤدي الفرائض وأخلاق البر فيه أكثر من المعاصي الصغار قبلنا شهادته؛ لأنه لا يسلم عبدٌ من ذنبٍ وإن كانت ذنوبه أكثر من أخلاق البر رددنا شهادته، ولا تقبلُ شهادة من يلعب بالشطرنج، يقامر عليها، ولا من يلعب بالحمام ويطيرها، وكذلك من يكثر الحلف بالكذب لا تجوز شهادته. قال: وإذا ترك الرجل الصلوات الخمس في الجماعة استخفافاً بذلك أو مجانة أو فسقاً فلا تجوز شهادته وإن تركها على تأويلٍ، وكان عدلاً فيما سوى ذلك قبلت شهادته. قال: وإن داوم على ترك ركعتي الفجر لم تقبل شهادته وإن كان معروفاً =

= بالكذب الفاحش لم أقبل شهادته وإن كان لا يعرف بذلك، وربما ابتلي بشيء منه، والخير فيه أكثر من الشر قبلت شهادته، ليس يسلم أحدٌ من الذنوب. قال: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وابن أبي ليلى: شهادة أهل الأهواء جائزةٌ إذا كانوا عدولاً إلاّ صنفاً من الرافضة يقال لهم: الخطابية، فإنه بلغني أن بعضهم يصدق بعضاً فيما يدعي إذا حلف له، ويشهد بعضهم لبعضٍ، فلذلك أبطلت شهادتهم. وقال أبو يوسف: أيما رجلٍ أظهر شتيمة أصحاب النبي ﷺ لم أقبل شهادته؛ لأن رجلاً لو كان شتاماً للناس والجيران لم أقبل شهادته، فأصحاب النبي ﷺ أعظم حرمةً. وقال أبو يوسف: ألا ترى أن أصحاب رسول الله ﷺ قد اختلفوا واقتتلوا. وشهادة الفريقين جائزة؛ لأنهم اقتتلوا على تأويلٍ فكذلك أهل الأهواء من المتأولين. قال أبو يوسف: ومن سألت عنه؟ فقالوا: إنا نتهمه بشتم أصحاب رسول الله ﷺ فإني لا أقبل هذا حتى يقولوا: سمعناه يشتم. قال: فإن قالوا نتهمه بالفسق والفجور ونظن ذلك به ولم نره، فإني أقبل ذلك ولا أجيز شهادته. والفرق بينهما: إن الذين قالوا: نتهمه بالشتم. قد أثبتوا له الصلاح وقالوا: نتهمه بالشتم. فلا يقبل هذا إلا بسماع. والذين قالوا: نتهمه بالفسق والفجور، ونظن ذلك به، ولم نره، فإني أقبل ذلك، ولا أجيز شهادته، أثبتوا له صلاحاً وعدالة. وذكر ابن رستم، عن محمدٍ أنه قال: لا أقبل شهادة الخوارج إذ كانوا قد خرجوا يقاتلون المسلمين وإن شهدوا. قال: قلت: ولم لا تجيز شهادتهم وأنت تجيز شهادة الحرورية. قال: لأنهم لا يستحلون أموالنا ما لم يخرجوا، فإذا خرجوا استحلوا أموالنا فتجوز شهادتهم مالم يخرجوا. وحدثنا أبو بكر مكرم بن أحمد قال: حدثنا أحمد بن عطية الكوفي قال: سمعت محمد بن سماعة يقول: سمعت أبا يوسف يقول: سمعت أبا حنيفة يقول: لا يجب على الحاكم أن يقبل شهادة بخيلٍ، فإنَّ البخيل يحمله شدة بخله على التقصي، فيأخذ فوق حقه مخافة الغبن. ومن كان كذلك لم يكن عدلاً. سمعت حماد بن أبي سليمان يقول: سمعت إبراهيم يقول: قال علي بن أبي طالب ؓ: أيها الناس كونوا وسطاً لا تكونوا بخلاء ولا سفلة، فإن البخيل والسفلة الذين إن كان عليهم حقٌ لم يؤدوه، وإن كان لهم حقٌ استقصوه. قال: وقال: ما من طبع المؤمن التقصي ما استقصى كريم قط =

= قال الله تعالى: ﴿عَرَّفَ بَعْضَهُۥ وَأَعْرَضَ عَنۢ بَعْضٍ﴾. وحدثنا مكرم بن أحمد قال: حدثنا أحمد بن محمد بن المغلس قال: سمعت الحماني يقول: سمعت ابن المبارك يقول: سمعت أبا حنيفة يقول: من كان معه بخيل لم تجز شهادته يحمله البخل على التقصي، فمن شدة تقصيه يخاف الغبن فيأخذ فوق حقه مخافة الغبن، فلا يكون هذا عدلاً. وقد روي نظير ذلك: عن إياس بن معاوية. ذكر ابن لهيعة، عن أبي الأسود محمد ابن عبدالرحمن قال: قلت لإياس بن معاوية: أخبرت أنك لا تجيز شهادة الأشراف بالعراق، ولا البخلاء، ولا التجار الذين يركبون البحر قال: أجل. أما الذين يركبون إلى الهند حتى يغرروا بدينهم، ويكثروا عدوهم من أجل طمع الدنيا، فعرفت أن هؤلاء لو أعطي أحدهما درهمين في شهادة لم يتحرج بعد تغريره بدينه. وأما الذين يتجرون في قرى فارس فإنهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون، فأبيت أن أجيز شهادة آكل الربا. وأما الأشراف: فإن الشريف بالعراق إذا نابت أحداً منهم نائبة أتى إلى سيد قومه فيشهد له ويشفع فكنت أرسلت إلى عبد الأعلى بن عبدالله بن عامر: أن لا يأتيني بشهادةٍ. وقد روي عن السلف رد شهادة قوم ظهر منهم أمورٌ لا يقطع فيها بفسق فاعليها إلاّ أنها تدل على سخفٍ أو مجونٍ فرأوا رد شهادة أمثالهم منه. ما حدثنا عبد الرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثنا محمود بن خداش قال: حدثنا زيد بن الحباب قال: أخبرني داود بن حاتم البصري: أن بلال بن أبي بردة وكان على البصرة كان لا يجيز شهادة من يأكل الطين، وينتف لحيته. وحدثنا عبدالباقي بن قانع قال: حدثنا حماد بن محمد قال: حدثنا شريح قال: حدثنا يحيى ابن سليمان، عن ابن جريج: أن رجلاً كان من أهل مكة شهد عند عمر بن عبدالعزيز وكان ينتف عنفقته ويحفي لحيته وحول شاربيه فقال: ما اسمك؟ قال: فلانٌ. قال: بل اسمك ناتف ورد شهادته. وحدثنا عبدالباقي قال: حدثنا عبدالله بن أحمد بن سعدٍ قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم قال: حدثنا عبدالرحمن بن محمد، عن الجعد بن ذكوان قال: دعا رجل شاهداً له عند شريح اسمه ربيعة فقال: يا ربيعة يا ربيعة فلم يجب، فقال: يا ربيعة الكويفر. فأجاب فقال له: قم. وقال لصاحبه: هات غيره. وحدثنا عبد الباقي قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا إسماعيل =

= ابن إبراهيم قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس قال: الأقلف لا تجوز شهادته. وروى حماد بن أبي سلمة، عن أبي المهزم، عن أبي هريرة: لا تجوز شهادة أصحاب الحمر ـ يعني: النخاسين ـ. وروي عن شريح أنه كان لا يجيز شهادة صاحب حمامٍ ولا حمام. وروى مسعر: أن رجلاً شهد عند شريح وهو ضيق كم القبا فرد شهادته وقال: كيف يتوضأ وهو على هذه الحال.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا معاذ بن المثنى قال: حدثنا سليمان بن حرب قال: حدثنا جرير بن حازم، عن الأعمش، عن تميم بن سلمة قال: شهد رجلٌ عند شريحٍ فقال: أشهد بشهادة الله فقال: شهدت بشهادة الله لا أجيز لك اليوم شهادة.

قال أبو بكر: لما رآه تكلف من ذلك ما ليس عليه لم يره أهلاً لقبول شهادته، فهذه الأمور التي ذكرناها عن هؤلاء السلف من رد الشهادة مَنْ أجلها غير مقطوع فيها بفسق فاعليها ولا سقوط العدالة، وإنما دلهم ظاهرها على سخف من هذه حاله فردوا شهادتهم من أجلها؛ لأن كلاً منهم تحرى موافقة ظاهر قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَآءِ﴾ على حسب ما أداه إليه اجتهاده. فمن غلب في ظنه سخف من الشاهد أو مجونه أو استهانته بأمر الدين أسقط شهادته. قال محمد في كتاب آداب القاضي: من ظهرت منه مجانة لم أقبل شهادته. قال: ولا تجوز شهادة المخنث، ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرها. وقد حكي عن سفيان بن عيينة: أنّ رجلاً شهد عند ابن أبي ليلى فرد شهادته قال: فقلت لابن أبي ليلى مثل فلان. وحاله كذا وحال ابنه كذا ترد شهادته. فقال: أين يذهب بك؟ إنه فقيرٌ. فكان عنده: أن الفقر يمنع الشهادة إذ لا يؤمن به أن يحمله الفقر على الرغبة في المال، وأقام شهادة بما لا تجوز. وقال مالك بن أنس: لا تجوز شهادة السؤال في الشيء الكثير، وتجوز في الشيء التافه، إذا كانوا عدولاً. فشرط مالكٌ مع الفقر المسألة ولم يقبلها في الشيء الكثير للتهمة. وقبلها في اليسير لزوال التهمة. وقال المزني والربيع، عن الشافعي: إذا كان الأغلب على الرجل والأظهر من أمره الطاعة والمروءة قبلت شهادته، وإذا كان الأغلب من حاله المعصية وعدم المروءة ردت شهادته. وقال محمد بن عبدالله بن عبد الحكم، عن الشافعي: إذا كان أكثر أمره الطاعة ولم يقدم على كبيرة فهو عدلٌ فأما شرط =

= المروءة فإن أراد به التصاون والصمت والحسن وحفظ الحرمة وتجنب السخف والمجون فهو مصيبٌ وإن أراد به نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة والشارة الحسنة فقد أبعد. وقال غير الحق؛ لأن هذه الأمور ليست من شرائط الشهادة عند أحد من المسلمين.

قال أبو بكر: جميع ما قدمنا من ذكر أقاويل السلف وفقهاء الأمصار واعتبار كلّ واحدٍ منهم في الشهادة ما حكينا عنه يدل على: أن كلاً منهم بنى قبول أمر الشهادة على ما غلب في اجتهاده واستولى على رأيه أنه ممن يرضى ويؤتمن عليها وقد اختلفوا في حكم من لم تظهر منه ريبة، هل يسأل عنه الحاكم إذا شهد، فروي عن عمر بن الخطاب في كتابه الذي كتبه إلى أبي موسى في القضاء: والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حدٌ أو مجرباً عليه شهادة زورٍ أو ظنيناً في ولاءٍ أو قرابة.

وقال منصور: قلت لإبراهيم: وما العدل في المسلمين؟ قال: من لم تظهر منه ريبة. وعن الحسن البصري والشعبي مثله. وذكر معمر، عن أبيه قال: لما ولي الحسن القضاء كان يجيز شهادة المسلمين، إلا أن يكون الخصم يجرح الشاهد. وذكر هشيم قال: سمعت ابن شبرمة يقول: ثلاث لم يعمل بهنّ أحدٌ قبلي، ولن يتركهن أحدٌ بعدي.

المسألة عن الشهود وإثبات حجج الخصمين وتحلية الشهود في المسألة. وقال أبو حنيفة: لا أسأل عن الشهود إلاّ أن يطعن فيهم الخصم المشهود عليه، فإن طعن فيهم سألت عنهم في السر والعلانية وزكيتهم في العلانية إلاّ شهود الحدود والقصاص، فإني أسأل عنهم في السر وأزكيهم في العلانية. وقال محمد يسأل عنهم وإن لم يطعن فيهم. وروى يوسف بن موسى القطان، عن علي بن عاصم، عن ابن شبرمة قال: أول من سأل في السر أنّا كان الرجل يأتي القوم إذا قيل له هات من يزكيك فيقول: قومي يزكونني فيستحي القوم فيزكونه، فلما رأيت ذلك سألت في السر، فإذا صحت شهادته قلت: هات من يزكيك في العلانية. وقال أبو يوسف ومحمد: يسأل عنهم في السر والعلانية، ويزكيهم في العلانية، وإن لم يطعن فيهم الخصم. وقال مالك ابن أنس: لا يقضي بشهادة الشهود حتى يسئل عنهم في السر. وقال الليث: أدركت =

= الناس، ولا تلتمس من الشاهدين تزكية، وإنما كان الوالي يقول للخصم: إن كان عندك من يجرح شهادتهم فأت به وإلاّ أجزنا شهادته عليك. وقال الشافعي: يسأل عنهم في السر، فإذا عدل سأل عن تعديله علانيةً، ليعلم أن المعدل هو هذا لا يوافق اسم اسماً، ولا نسب نسباً. قال أبو بكر: ومن قال من السلف بتعديل من ظهر إسلامه، فإنما بنى ذلك على ما كانت عليه أحوال الناس من ظهور العدالة في العامة، وقلة الفساق فيهم؛ ولأن النبي ﷺ قد شهد بالخير والصلاح للقرن الأول والثاني والثالث.

حدثنا عبدالرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي قال: حدثنا سفيان، عن منصور، عن إبراهيم، عن عبيدة، عن عبدالله، عن النبي ﷺ أنه قال: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم ـ ثلاث أو أربع ـ، ثم يجيء قومٌ سبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينه شهادته».

قال: وكان أصحابنا يضربوننا على الشهادة والعهد، ونحن صبيان. وإنما حمل السلف ومن قال من فقهاء الأمصار مما وصفنا أمر المسلمين في عصرهم على العدالة وجواز الشهادة لظهور العدالة فيهم، وإن كان فيهم صاحب ريبةٍ وفسقٍ كان يظهر النكير عليه، ويتبين أمره وأبو حنيفة كان في القرن الثالث الذين شهد لهم النبي ﷺ بالخير والصلاح فتكلم على ما كانت الحال عليه. وأما لو شهد أحوال الناس بعد لقال بقول الآخرين في المسألة عن الشهود، ولما حكم لأحدٍ منهم بالعدالة إلاّ بعد المسألة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال للأعرابي الذي شهد على رؤية الهلال: أتشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله. قال: نعم. فأمر الناس بالصيام بخبره ولم يسأل عن عدالته بعد ظهور إسلامه لما وصفنا، فثبت بما وصفنا: أن أمر التعديل وتزكية الشهود وكونهم مرضيين مبنيٌّ على اجتهاد الرأي، وغالب الظن، لاستحالة إحاطة علومنا بغيب أمور النّاس. وقد حذرنا الله الاغترار بظاهر حال الإنسان والركون إلى قوله مما يدعيه لنفسه من الصلاح والأمانة. فقال: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُۥ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا﴾ الآية. ثم أخبر عن مغيب أمره وحقيقة حاله فقال: ﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِى ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا﴾ الآية. فأعلمنا ذلك من حال بعض من يعجب ظاهر قوله. وقال أيضاً في صفة قومٍ آخرين: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ الآية. فحذّر =

= نبيه ﷺ الاغترار بظاهر حال الإنسان، وأمرنا بالاقتداء به. فقال: واتبعوه. وقال: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ فغير جائز إذا كان الأمر على ما وصفنا الركون إلى ظاهر أمر الإنسان دون التثبت في شهادته، والبحث عن أمره حتى إذا غلب في ظنه عدالته قبلها، وقد وصف الله تعالى الشهود المقبولين بصفتين: إحداهما: العدالة في قوله تعالى: ﴿ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والأخرى: أن يكونوا مرضيين لقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ والمرضيون: لا بد أن تكون من صفتهم: العدالة. وقد يكون عدلاً غير مرضيٍّ في الشهادة، وهو: أن يكون غمراً مغفلاً يجوز عليه التزوير والتمويه. فقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ قد انتظم الأمرين من العدالة والتيقظ وذكاء الفهم، وشدة الحفظ، وقد أطلق الله ذكر الشهادة في الزنا غير مقيد بذكر العدالة وهي من شرطها العدالة والرضى جميعاً. وذلك لقوله ﷻ: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا۟﴾ وذلك عموم في إيجاب التثبت في سائر أخبار الفساق. والشهادة خبرٌ، فوجب التثبت فيها إذا كان الشاهد فاسقاً، فلما نص الله على التثبت في خبر الفاسق وأوجب علينا قبول شهادة العدول المرضيين وكان الفسق قد يعلم من جهة اليقين والعدالة لا تعلم من جهة اليقين دون ظاهر الحال، علمنا: أنها مبنية على غالب الظن وما يظهر من صلاح الشاهد وصدق لهجته وأمانته. وهذا وإن كان مبنياً على أكثر الظن فهو ضربٌ من العلم. كما قال تعالى في المهاجرات: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ وهذا هو علم الظاهر دون الحقيقة، فكذلك الحكم بعدالة الشاهد. طريقه: العلم الظاهر دون المغيب الذي لا يعلمه إلاّ الله تعالى. وهذا أصلٌ كبيرٌ في الدلالة على صحة القول باجتهاد الرأي في أحكام الحوادث إذ كانت الشهادات من معالم أمور الدين والدنيا وقد عقد بها مصالح الخلق في وثائقهم وإثبات حقوقهم وأملاكهم وإثبات الأنساب والدماء والفروج وهي مبنية على غالب الظن وأكثر الرأي إذ لا يمكن أحداً من الناس إمضاء حكمٍ بشهادة شهودٍ من طريق حقيقة العلم بصحة المشهود به وهو يدل على بطلان القول بإمامٍ معصومٍ في كل زمانٍ واحتجاج من يحتج فيه بأن أمور الدين كلها ينبغي أن تكون مبنية على ما يوجب العلم الحقيقي دون غالب الظن. =

= وأكثر الرأي: وأنـه متى لم يكن إمام بهذه الصفة لم يـؤمن الخطأ فيها؛ لأن الرأي يخطئ ويصيب؛ لأنه لو كان كما زعموا لوجب أن لا تقبل شهادة الشهود إلاّ أن يكونوا معصومين مأموناً عليهم الخطأ والزلل، فلما أمر الله تعالى بقبول شهادة الشهود إذا كانوا مرضيين في ظاهر أحوالهم دون العلم بحقيقة مغيب أمورهم مع جواز الكذب والغلط عليهم ثبت بطلان الأصل الذي بنوا عليه أمر النص، فإن قالوا: الإمام يعلم صدق الشهود من كذبهم قيل لهم فواجب أن لا يسمع شهادة الشهود غير الإمام وأن لا يكون للإمام قاض ولا أمين إلا أن يكون بمنزلته في العصمة وفي العلم بمغيب أمر الشهود. ويجب أن لا يكون أحد من أعوان الإمام إلاّ معصوماً مأمون الزلل والخطأ لما يتعلق به من أحكام الدين، فلما جاز أن يكون للإمام حكام وشهود وأعوانٌ بغير هذه الصفة ثبت بذلك جواز كثيرٍ من أمور الدين مبنياً على اجتهاد الرأي وغالب الظن.

وفيما ذكرناه مما تعبدنا الله به في هذه الآية من اعتبار أحوال الشهود بما يغلب في الظن من عدالتهم وصلاحهم دلالة على بطلان قول نفاة القياس والاجتهاد في الأحكام التي لا نصوص فيها ولا إجماع لأن الدماء والفروج والأموال والأنساب من الأمور التي قد عقد بهما مصالح الدين والدنيا، وقد أمر الله فيها بقول شهادة الشهود الذين لا نعلم مغيب أمورهم، وإنما نحكم بشهاداتهم بغالب الظن وظاهر أحوالهم مع تجويز الكذب والخطأ والزلل والسهو عليهم فثبت بذلك تجويز الاجتهاد واستعمال غلبة الرأي فيما لا نص فيه من أحكام الحوادث. ولا اتفاق. وفيه الدلالة على جواز قبول الأخبار المقصرة عن إيجاب العلم بمخبراتها من أمور الديانات عن الرسول ﷺ؛ لأن شهادة الشهود غير موجبة للعلم بصحة المشهود به. وقد أمرنا بالحكم بها مع تجويز أن يكون الأمر في المغيب بخلافه فبطل بذلك قول من قال: أنه غير جائز قبول خبر من لا يوجب العلم بخبره في أمور الدين. وقد دل أيضاً على بطلان قول من يستدل على رد أخبار الآحاد بأنا لو قبلناها لكنا قد جعلنا منزلة المخبر أعلى من منزلة النبي ﷺ، إذ لم يجب في الأصل قبول خبر النبي ﷺ إلاّ بعد ظهور المعجزات الدالة على صدقه؛ لأن الله تعالى قد أمرنا بقبول شهادة الشهود الذين ظاهرهم العدالة وإن لم يكن معها علم معجزة يدل على صدقهم. وأما ما ذكرنا من اعتبار نفي التهمة =

= عن الشـهادة وإن كان الشاهد عدلاً، فإن الفقهاء متفقون على بعضها، ومختلفون في بعضها، فمما اتفق عليـه فقهاء الأمصار: بطلان شـهادة الشاهد لولده ووالـده إلاّ شـيء يحكى عن عثمان البتي قال: تجوز شهادة الولد لوالديه، وشهادة الأب لابنه ولامرأته إذا كانوا عدولاً مهذبين معروفين بالفضل ولا يستوي الناس في ذلك ففرق بينهما لوالده وبينها للأجنبي. فأما أصحابنا ومالك والليث والشافعي والأوزاعي: فإنهم لا يجيزون شهادة واحدٍ منهما للآخر. فقد حدثنا عبد الرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد بن حنبل قال: حدثني أبي قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن جابر، عن الشعبي، عن شريح قال: لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته. وروي عن إياس بن معاوية أنه أجاز شهادة رجل لابنه حدثنا عبد الرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا عفان قال: حدثنا حماد بن زيد قال: حدثنا خالد الحذاء، عن إياس ابن معاوية بذلك. والذي يدل على بطلان شهادته لابنه قوله ﷺ: ﴿. . . حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ﴾ ولم يذكر بيوت الأبناء؛ لأن قوله تعالى: ﴿مِنۢ بُيُوتِكُمْ﴾ قد انتظمها إذ كانت منسوبة إلى الآباء فاكتفى بذكر بيوتهم عن ذكر بيوت أبنائهم وقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك». فأضاف الملك إليه وقـال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولـده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم». فلما أضاف ملك الابن إلى الأب، وأباح أكله له وسماه له كسباً، كان المثبت لابنه حقاً بشهادته بمنزلة مثبته لنفسه. ومعلومٌ: بطلان شهادته لنفسه، فكذلك لابنه، وإذا ثبت ذلك في الابن كان ذلك حكم شـهادة الابن لأبيه إذ لم يفرق أحد بينهما، فإن قيل: إذا كان الشـاهد عدلاً فواجبٌ قبول شـهادته لهؤلاء، كما نقبلها لأجنبي، وإن كانت شـهادته لهؤلاء غير مقبولـةٍ لأجل التهمة، فغير جائـز قبولها للأجنبي؛ لأن من كان متهماً في الشهادة لابنه، بما ليس يحق له فجائزة عليه مثل هذه التهمة للأجنبي. قيل له: ليست التهمة المانعة من قبول شهادته لابنه، ولأبيه تهمة فسق ولا كذب، وإنما التهمة فيه من قبل أنه يصير فيها بمعنى المدعي لنفسه. ألا ترى: أن أحداً من الناس وإن ظهرت أمانته وصحت عدالته لا يجوز أن يكون =

= مصدقاً فيما يدعيه لنفسه لا على جهة تكذيبه ولكن من جهة أن كل مدع لنفسه فدعواه غير ثابتة إلاّ ببينة تشهد له بها. فالشاهد لابنه بمنزلة المدعي لنفسه لما بيّنا وكذلك قال أصحابنا: إن كل شاهد يجر بشهادته إلى نفسه مغنماً أو يدفع بها عن نفسه مغرماً فغير مقبول الشهادة؛ لأنه حينئذٍ يقوم مقام المدعي. والمدعي لا يجوز أن يكون شاهداً فيما يدعيه، ولا أحد من الناس أصدق من نبي الله ﷺ إذ دلت الأعلام المعجزة على أنه لا يقول إلا حقاً، وإن الكذب غير جائز عليه مع وقوع العلم لنا بمغيب أمره وموافقة باطنه لظاهره، ولم يقتصر فيما ادعاه لنفسه على دعواه دون شهادة غيره حين طالبه الخصم بها وهو قصة خزيمة بن ثابت، حدثنا عبد الرحمن بن سيما قال: حدثنا عبدالله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا أبو اليمان قال: حدثنا شعيب، عن الزهري قال: حدثنا عمارة بن خزيمة الأنصاري: أن عمّه حدثه وهو من أصحاب النبي ﷺ: أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابيٍّ وذكر القصة وقال: فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيداً يشهد أني قد بايعتك. فقال خزيمة: أنا أشهد أنك بايعته، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: بم تشهد؟ فقال: بتصديقك يا رسول الله. فجعل النبي ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين، فلم يقتصر النبي ﷺ في دعواه على ما تقرر وثبت بالدلائل والأعلام أنه لا يقول إلاّ حقاً ولم يقل للأعرابي حين قال: هلم شهيداً، أنه لا بيّنة عليه، وكذلك سائر المدعين، فعليهم: إقامة بيّنة لا يَجُرُّ بها إلى نفسه مغنماً، ولا يدفع بها عنها مغرماً. وشهادة الوالد لولده يجرّ بها إلى نفسه أعظم المغنم كشهادته لنفسه. والله تعالى أعلم.

ومن هذا الباب أيضاً: شهادة أحد الزوجين للآخر.

وقد اختلف الفقهاء فيها: فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر ومالك والأوزاعي والليث: لا تجوز شهادة واحدٍ منهما للآخر. وقال الثوري: تجوز شهادة الرجل لامرأته. وقال الحسن بن صالح: لا تجوز شهادة المرأة لزوجها. وقال الشافعي: تجوز شهادة أحد الزوجين للآخر. قال أبو بكر: هذا نظير شهادة الوالد للولد والولد للوالد وذلك من وجوه: أحدها: أنه معلوم تبسط كل واحدٍ من الزوجين في مال الآخر في العادة، وأنه كالمباح الذي لا يحتاج فيه إلى الاستئذان، فما يثبته الزوج لامرأته =

= بمنزلة ما يثبته لنفسه، وكذلك ما تثبته المرأة لزوجها. ألا ترى: أنه لا فرق في المعتاد بين تبسطه في مال الزوج والزوجة وبينه في مال أبيه وابنه. ولما كان كذلك وكانت شهادته لوالده وولده غير جائزةٍ كان كذلك حكم شهادة الزوج والزوجة. وأيضاً: فإن شهادته لزوجته بمالٍ توجب زيادة قيمة البضع الذي في ملكه؛ لأن مهره مثلها يزيد بزيادة مالها، فكان شاهداً لنفسه بزيادة قيمة ما هو ملكه. وقد روي عن عمر ابن الخطاب أنه قال لعبدالله بن عمرو بن الحضرمي لما ذكر له أن عبده سرق مرة لامرأته: عبدكم سرق مالكم، لا قطع عليه. فجعل مال كل واحدٍ منهما مضافاً إليهما بالزوجية التي بينهما، فما يثبته كل واحدٍ لصاحبه، فكأنه يثبته لنفسه. ومن جهةٍ أخرى: أنه كلما كثر مال الزوج كانت النفقة التي تستحقها أكثر، فكأنها شاهدة إذ كانت مستحقة للنفقة بحق الزوجية في حالي الفقر والغنى. فإن قال قائل: فالأخت الفقيرة والأخ الزمن يستحقان للنفقة على أخيهما إذا كان غنياً ولم يمنع ذلك جواز شهادتهما له. قيل له: ليست الأخوة موجبة للإستحقاق؛ لأن الغني لا يستحقها مع وجود النسب، والفقير لا تجب عليه مع وجود الأخوة، والزوجية سبب لاستحقاقها فقيراً كان الزوج أو غنياً، فكانت المرأة مثبتة بشهادتها لنفسها زيادة النفقة مع وجود الزوجية الموجبة لها، والنسب ليس كذلك؛ لأنه غير موجب للنفقة لوجوده بينهما فلذلك اختلفا.

ومن هذا الباب أيضاً: شهادة الأجير.

وقد ذكر الطحاوي، عن محمد بن سنان، عن عيسى، عن محمد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن شهادة الأجير غير جائزةٍ لمستأجره في شيءٍ وإن كان عدلاً لا استحساناً.

قال أبو بكر: روى هشام وابن رستم، عن محمد: أن شهادة الأجير الخاص غير جائزة لمستأجره، وتجوز شهادة الأجير المشترك له، ولم يذكر خلافاً عن أحدٍ منهم. وهو قول: عبيدالله بن الحسن.

وقال مالك: لا تجوز شهادة الأجير لمن استأجره إلاّ أن يكون مبرزاً في العدالة، وإن كان الأجير في عياله، لم تجز شهادته له. وقال الأوزاعي: لا تجوز شهادة الأجير =

= لمستأجره. وقال الثوري: شهادة الأجير جائزة إذا كان لا يجرّ إلى نفسه.

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا معاذ بن المثنى قال: حدثنا أبو عمر الحوضي قال: حدثنا محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ ردّ شهادة الخائن والخائنة، وشهادة ذي الغمر على أخيه، ورد القانع لأهل البيت، وأجازها على غيرهم.

وحدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا حفص بن عمر قال: حدثنا محمد بن راشد بإسناده مثله. إلا أنه قال: ورد شهادة القانع لأهل البيت.

قال أبو بكر: قوله: القانع لأهل البيت، يدخل فيه: الأجير الخاص؛ لأن معناه: التابع لهم، والأجير الخاص: هذه صفته. وأما الأجير المشترك: فهو وسائر الناس في ماله بمنزلة، فلا يمنع ذلك جواز شهادته. وكذلك شريك العنان تجوز شهادته له في غير مال الشركة.

وقال أصحابنا: كل شهادة ردت للتهمة لم تقبل أبداً مثل شهادة أحد الزوجين للآخر، إذا ردت لفسقه، ثم تاب وأصلح فشهد بتلك الشهادة لم تقبل أبداً. ومثل شهادة أحد الزوجين للآخر: إذا ردت ثم شهد بها بعد زوال الزوجية لم تقبل أبداً. وقالوا: لو شهد عبد بشهادة، أو كافر، أو صبي، فردت، ثم أعتق العبد أو أسلم الكافر أو كبر الصبي أو عتق العبد وشهد بها لم تقبل أبداً ولو لم تكن ردت قبل ذلك، فإنها جائزة.

وروي عن عثمان بن عفان مثل قول مالك، وإنما قال أصحابنا: أنها إذا ردت لتهمة لم تقبل أبداً من قبل أن الحاكم قد حكم بإبطالها. وحكم الحاكم: لا يجوز فسخه إلاّ بحكمٍ، ولا يصح فسخه بما لا يثبت من جهة الحكم، فلما لم يصح الحكم بزوال التهمة التي من أجلها ردت الشهادة، كان حكم الحاكم بإبطال تلك الشهادة ماضياً لا يجوز فسخه أبداً. وأما الرق والكفر والصغر، فإن المعاني التي ردت من أجلها وحكم الحاكم بإبطالها محكومٌ بزوالها؛ لأن الحرية والإسلام والبلوغ كل ذلك مما يحكم به الحاكم. فلما صح حكم الحاكم بزوال المعاني التي من أجلها بطلت شهادتهم، وجب أن تقبل. ولما لم يصح أن يحكم الحاكم بزوال التهمة؛ لأن ذلك =

= معنى لا تقوم به البينة، ولا يحكم به الحاكم، كان حكم الحاكم بإبطالها ماضياً إذا كان ما ثبت من طريق الحكم لا ينفسخ إلاّ من جهة الحكم فهذه الأمور الثلاثة التي ذكرناها من العدالة، ونفي التهمة، وقلة الغفلة هي من شرائط الشهادات وقد انتظمها قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ فانظر إلى كثره هذه المعاني والفوائد والدلالات على الأحكام التي في ضمن قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ مع قلة حروفه وبلاغة لفظه ووجازته اختصاره، وظهور فوائده. وجميع ما ذكرنا من عند ذكرنا لمعنى هذا اللفظ من أقاويل السلف والخلف واستنباط كل واحدٍ منهم ما في مضمونه وتحريم موافقته مع احتماله لجميع ذلك يدل على أنه كلام الله. ومن عنده تعالى، وتقدس إذ ليس في وسع المخلوقين إيراد لفظٍ يتضمن من المعاني والدلالات والفوائد والأحكام ما تضمنه هذا القول مع اختصاره وقلة عدد حروفه. وعسى أن يكون مالم يحط به علمنا من معانيه مما لو كتب لطال وكثر. والله نسأل التوفيق، لنعلم أحكامه ودلائل كتابه، وأن يجعل ذلك خالصاً لوجهه.

قوله تعالى ﷻ: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾ قرئ: فتذكر إحداهما الأخرى، بالتشديد. وقرئ: فتذكر إحداهما الأخرى، بالتخفيف. وقيل: إن معناهما قد يكون واحداً. يقال: ذكَرْتُه وذكَّرْتُه. وروي ذلك: عن الربيع بن أنس، والسدي، والضحاك.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أبو عبيد مؤمل الصيرفي قال: حدثنا أبو يعلى البصري قال: حدثنا الأصمعي، عن أبي عمرو قال: من قرأ: فتذكر. مخففة، أراد تجعل شهادتهما بمنزلة شهادة ذكرٍ. ومن قرأ: فتذكر. بالتشديد، أراد من جهة التذكير. وروي ذلك: عن سفيان بن عيينة.

قال أبو بكر: إذا كان محتملاً للأمرين، وجب حمل كلّ واحدةٍ من القراءتين على معنًى وفائدة محددة، فيكون قوله تعالى: فتذكر. بالتخفيف. تجعلهما جميعاً بمنزلة رجلٍ واحدٍ في ضبط الشهادة، وحفظها، وإتقانها. وقوله تعالى: ﴿فَتُذَكِّرَ﴾ من التذكير عند النسيان. واستعمال كلّ واحدٍ منهما على موجب دلالتيهما أولى من الاقتصار بها على موجب دلالة أحدهما. ويدل على ذلك أيضاً: قول النبي ﷺ: =

= «ما رأيت ناقصات عقل ودين أغلب لعقول ذوي الألباب منهن». قيل: يا رسول الله! وما نقصان عقلهن؟ قال: «جعل شهادة امرأتين بشهادة رجلٍ». فهذا موافقٌ لمعنى من تأول: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ على أنهما تصيران في ضبط الشهادة وحفظها بمنزلة رجلٍ. وفي هذه الآية: دلالة على أنه غير جائزٍ لأحدٍ إقامة شهادة وإن عرف خطه إلاّ أن يكون ذاكراً لها. ألا ترى: ذكر ذلك بعد الكتاب والإشهاد. ثم قال تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾. فلم يقتصر بنا على الكتاب والخط دون ذكر الشهادة. وكذلك قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾. فدل ذلك: على أن الكتاب إنما أمر به لتستذكر به كيفية الشهادة، وأنها لا تقام إلاّ بعد حفظها، وإتقانها. وفيها: الدلالة على أن الشاهد إذا قال: ليس عندي شهادة في هذا الحق. ثم قال: عندي شهادة فيه أنها مقبولة، لقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ فأجازها إذا ذكرها بعد نسيانها.

وذكر ابن رستم، عن محمد ـ رحمه الله ـ: في رجلٍ سئل عن شهادة في أمرٍ كان يعلمه؟ فقال: ليس عندي شهادة، ثم أنه شهد بها في ذلك عند القاضي. قال: تقبل منه. إذا كان عدلاً؛ لأنه يقول: نسيتها. ثم ذكرتها. ولأن الحق ليس له. فيجوز قوله عليه: وإنما الحق لغيره. فكذلك تقبل شهادته فيه. قال أبو بكر: يعني: أنه ليس هذا مثل أن يقول المدعي: ليس لي عنده هذا الحق، ثم يدعيه، فلا تقبل دعواه له بعد إقراره؛ لأنه أبرأه من الحق وأقرّ على نفسه، فجاز إقراره، فلا تقبل دعواه بعد ذلك لذلك الحق لنفسه؛ لأنه قد أبطلها بإقراره. وأما الشهادة: فإنما هي حق للغير فلا يبطلها قوله: ليس عندي شهادة. وقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ يدل على صحة هذا القول.

وقد اختلف الفقهاء في الشهادة على الخط: فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يشهد بها حتى يذكرها، وهذا هو المشهور من قولهم.

وروى ابن رستم قال: قلت لمحمد: رجل يشهد على شهادة وكتبها بخطه، وختمها، أو لم يختم عليها وقد عرف خطه. قال: إذا عرف خطه وسعه أن يشهد عليها، ختم عليه أو لم يختم. قال: فقلت: إن كان أمياً لا يقرأ. فكتب غيره له، قال: لا يشهد =

= حتى يحفظ ويذكرها. وقال أبو حنيفة: ما وجد القاضي في ديوانه لا يقضي به إلاّ أن يذكره. وقال أبو يوسف: يقضي به إذا كان في قمطره وتحت خاتمه؛ لأنه لو لم يفعله أضر بالناس، وهو قول محمد. ولا خلاف بينهم: أنه لا يمضي شيئاً منه إذا لم يكن تحت خاتمه، وأنه لا يمضي ما وجده في ديوانه غيره من القضاة إلاّ أن يشهد به الشهود على حكم الحاكم الذي قبله. وقال ابن أبي ليلى مثل قول أبي يوسف فيما يجده في ديوانه. وذكر أبو يوسف أيضاً: عن ابن أبي ليلى: إذا أقر عند القاضي لخصمه، فلم يثبته في ديوانه، ولم يقض به عليه، ثم سأله المقر له به أن يقضي له على خصمه، فإنه لا يقضي به عليه في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقضي به عليه إذا كان يذكره. وقال مالك فيمن عرف خطه ولم يذكر الشهادة: أنه لا يشهد على ما في الكتاب. ولكن يؤدي شهادته إلى الحاكم كما علم، وليس للحاكم أن يجيزها، ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ شهادته على نفسه في ذكر الحق ومات الشهود، فأنكر، فشهد رجلان: أنه خط نفسه، فإنه يحكم عليه بالمال، ولا يستحلف ربّ المال. وذكر أشهب عنه، فيمن عرف خطه ولا يذكر الشهادة: أنه يؤديها إلى السلطان، ويعلمه ليرى فيه رأيه. وقال الثوري: إذا ذكر أنه شهد ولا يذكر عدد الدراهم، فإنه لا يشهد وإن كتبها عنده، ولم يذكر: إلاّ أنه يعرف الكتاب، فإنه إذا ذكر أنه شهد، وأنه قد كتبها، فأرى أن يشهد على الكتاب. وقال الليث: إذا عرف أنه خط يده، وكان ممن يعلم أنه لا يشهد إلاّ بحقٍّ فليشهد. وقال الشافعي: إذا ذكر إقرار المقرّ، حكم به عليه، أثبته في ديوانه أو لم يثبته؛ لأنه لا معنى للديوان إلاّ الذكر. وقال في كتاب المزني: أنه لا يشهد حتّى يذكر. قال أبو بكر: قد ذكرنا دلالة قوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾. ودلالة قوله تعالى بعد ذكر الكتاب: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾. على أنّ من شرط جواز إقامة الشّهادة ذكر الشّاهد لها، وأنّه لا يجوز الاقتصار فيها على الخط، إذ الخط والكتاب مأمورٌ به لتذكر به الشهادة. ويدل عليه أيضاً قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾. فإذا لم يذكرها فهو غير عالمٍ بها. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾. يدل على ذلك، ويدل عليه: حديث ابن عباس، عن النبي ﷺ أنه قال: =

الْمصنف في غير هذه الكتب ـ، وقاضي خان في أوّل فتاويه، وغيره.

والجواب كما ذكر: أنّ الاعتراض المذكور لازمٌ عليه، فيما استدل به لأبي حنيفة، فإنّهم كانوا عدولاً بذاكَ الأثر كان له أن يقضي وإن طعنَ الخصم فيما لا يثبت مع الشبهات، ويختار لهما اختلاف استصحاب الحال الذي ذكره، وهو كما علمنا من أحوال الناس ما علمنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه. فلم يبقَ مجرّد التزام الإسلام مظنّة العدالة. وكان الظّاهر الثّابت بالغالب بلا معارضٍ. والله أعلم.

وعن هذا ذهب من ذكرنا: أنّ الفتوى على قولهما. قال هذا إذا سكت المدّعى عليه عن الطعن أو طعن، فأمّا إذاعة الشهود فقال: هم عدولٌ. فهذا على ثلاثة أنواعٍ:

أمّا إذا قال: هم عدولٌ صدقوا.

أو قال: عدول: أخطأوا.

= «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد، وإلا فدع». وقد تقدم ذكر سنده. وأما الخط: فقد يزور عليه، وقد يشتبه على الشاهد، فيظن: أنه خطه وليس بخطه، ولما كانت الشّهادة من مشاهدة الشيء، وحقيقة العلم به، فمن لا يذكر الشهادة فهو بخلاف هذه الصفة، فلا تجوز له إقامة الشهادة به. وقد أكّد أمر الشّهادة حتّى صار، لا يقبل فيها إلاّ صريح لفظها، ولا يقبل ما يقوم مقامها من الألفاظ، فكيف يجوز العمل على الخط الذي يجوز عليه التزوير والتبديل. وقد روي عن أبي معاوية النخعي، عن الشعبي فيمن عرف الخط والخاتم: ولا يذكر الشهادة أنه لا يشهد به حتى يذكرها. وقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا﴾ معناه: أن ينساها؛ لأن الضلال هو الذهاب عن الشيء، فلما كان الناسي ذاهباً عمّا نسيه، جاز أن يقال: ضلّ عنه. بمعنى: أنه نسيه. وقد يقال أيضاً: ضلت عنه الشهادة، وضل عنها. والمعنى واحد. والله تعالى أعلم.

أو قال: عدول وسكت.

ففي النوع الأوّل: يقضي من غير سؤالٍ؛ لأنه أقرّ. فيقضي بإقراره.

وفي النوع الثاني والثالث: المسألة على ثلاثة أوجهٍ:

أمّا إنْ كان المدعى عليه عدلاً ممن يسأل عنه الشهود. أو كان مستوراً أو فاسقاً.

ففي الوجه الأوّل: المسألة على قسمين:

إمّا أن يسكت عن جحود دعوى المدّعي وإقراره، أو جحد.

ففي القسم الأول: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: للقاضي أن يقضي بهذه الشهادة قبل السّؤال من المزكي سواء كان المدعى به حقاً يثبت مع الشبهات أو حقاً لا يثبت مع الشبهات.

وقال محمّد: لا يقضي ما لم يسأل عن المزكي آخر، بناءً على أن العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ليس بشرط لإثبات العدالة. وعند محمّدٍ هو شرط.

وفي القسم الثاني: فكذلك. كذا ذكر في هذا الكتاب. فإنه ذكر في هذا الكتاب الخلاف مطلقاً [٦٠/ ب] ولم يفصل بين القسمين.

ونصّ في الجامع الصغير في باب القضاء: أنّه لا يقضي. فإنه قال في قول من رأى: أن يسأل عن الشهود يريد به أبا يوسف ومحمد: لا يقبل قول الخصم أنّـه عدلٌ يريد به تعديله؛ لأنّ من زعم المدعي شهوده: أنّ المدعى عليه في الجحود كاذب، فكان في زعمه: أنّه فاسقٌ، فلا يصحّ تعديله.

وفي الوجه الثالث والثاني: لا يقضي؛ لأنّ تعديل المستور والفاسق

لا يكفي. فإن قيل: وجب أن يكفي؛ لأنه إقرارٌ على نفسه، وإقرار المستور والفاسق على نفسه صحيحٌ.

قيل له: هذا إقرارٌ على نفسه وعلى القاضي يوجب القضاء عليه. فإن صحّ إقراره على نفسه لا يصحّ إقراره على القاضي.

فإن قيل: هلاّ جعل قول المدعى عليه: هم عدولٌ. إقرارٌ منه بالحقّ على نفسه. فيقضي بالإقرار كما لو قال: إنّهم عدولٌ. صدقوا كما في النوع الأول.

قيل له: إقرار المدعي يكون الشاهد عدلاً لا يكون إقراراً بوجوب الحق على نفسه لا محالة لجواز أن يكون عدلاً، إلاّ أنه أخطأ في شهادته بأن ظنّ. والأمر بخلاف ما ظن. ولهذا: لو شهد عليه واحدٌ بالحقّ فقال المشهود عليه: هو عدلٌ لا يقضى عليه، ولو كان التعديل إقراراً. وجب أن يقضي كما لو قال لهذا الواحد قد صدق.

وذكر في الكتاب في القسم الثاني والثالث وهو ما إذا كان مستوراً أو فاسقاً. إذا لم يثبت العدالة في النوع الثالث وهو ما إذا قال: هم عدولٌ وسكت. فسأله القاضي: صدقوا أم كذبوا، فإن قال: صدّقوا يقضي عليه بإقراره.

وإن قال: كذبوا. لا يقضي.

وإن قال: قد أخطأوا وهو النوع الثاني. فالقاضي: لا يقضي.

* **المسألة الثانية:**

العدد في المزكي، وفي المترجم عن الشّاهد الأعجمي، وعن الخصم الأعجمي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ليس بشرط. والوّاحد يكفي.

وعند محمّد: شرط. ويكفيه اثنان إن كان المشهود به حقاً يثبت بشهادة رجلين عدلين. وإن كان غير حق [٦١/أ] لا يثبت إلاّ بشهادة أربعة. يشترط الأربعة، وأجمعوا على أنّ ما عدا العدد من سائر شروط الشهادة سوى التلفظ بلفظ الشهادة من العدالة والبلوغ عن عقل والحرية والبصر، وأن لا يكون محدوداً في قذف شرطٍ.

وأجمعوا على أنّ لفظة الشهادة ليست بشرط محمد. يقول: بأن التزكية والترجمة شهادة، يعني: لأن القضاء لا يجب إلا بهما؛ لأنّ العلم للقاضي لا يحصل إلا بهما. فكانت شهادة - يعني: فيعتبر بالشهادة والإثبات - شرط في بعض الحقوق. والأربعة شرط في البعض في الشهادة. فكذلك في التزكية والترجمة وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان: بأنّ التزكية والترجمة شهادة - يعني: من حيث أن القضاء لا يجب إلاّ بهما - كما لا يجب إلاّ بالشّهادة، ولكنّها خبرٌ من حيث الحقيقة. لهذا: لا يشترط لفظة الشهادة وهو قوله: اشهدوا.

فعلمنا بهما من حيث أنّهما شرط شهادة معنى، فنشرط فيهما جمع شرائط الشهادة ما عدا العدد.

ومن حيث أنهما خبر حقيقة، لم يشترط فيهما العدد عملاً بهما جميعاً.

وتحقيقه: إنّ اشتراط سائر الشّرائط ما عدا العدد من العقل والبلوغ والحرية في الشرائط موافقٌ للقياس.

أمّا العدالة: فلأنها يترجّح بها الصّدق.

ولهذا شرط العدالة في سائر الإخبارات.

وأمّا البلوغ عن عقل والحرية، فإنّ الشهادة ولاية على الغير؛ ولأنها

تتفرع من ولايته على نفسه. والولاية على نفسه لا تثبت إلاّ بالبلوغ عن عقل، والحرية.

وأمّا **البصر**: فلأنّ القدرة على التمييز تثبت به. دلّ أنّ اشتراط هذه الشرائط في الشهادة موافقٌ للقياس، فيشرط فيما هو في معناها قياساً عليها.

وأمّا **العدد في الشهادة**: فهو شرط مخالف للقياس. ولهذا لا يشترط في سائر الإخبارات فيقتصر عليها إذا ثبتت هذه المسألة. فيبتني عليها مسائل منها: إذا زكاهم واحد وجرحهم واحد. فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: الجرح أولى؛ لأنّ عندهما الجرح والتعديل يثبت بقول الواحد، فكان الجواب عندهما [٦١/ ب] كالجواب عندهم فيما إذا عدله اثنان وجرحه اثنان.

وعند محمّد: الشهادة موقوفة على حالها لا ترد، ولا تجاب حتّى يجرحه آخر ويعدّله آخر؛ لأنّ عنده الجرح والتعديل سواء في أن لا يثبت بقول الواحد. فإن جرحه آخر ثبت الجرح فيرد، فإن لم يجرحه آخر وعدّله آخر ثبتت العدالة، فيجاب، فإن جرحه واحد وعدّله اثنان فالتعديل أولى بالإجماع.

أمّا عند محمد، فلأن الجرح لم يثبت.

وأمّا عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلأن العدالة تثبت بما هو حجة في الأحكام كلها. فإنّ قول الاثنين حجّة في أمور الدين، وليس بحجة في حقوق العيان.

فإن قيل: ترجح التعديل من هذا الوجه، وترجح الجرح من وجهٍ آخر؛ لأنّ الجارح فيما جرح يعتمد ما يمكن الوقوف عليه من حيث العيان. فإنّ أسباب الجرح: ارتكاب كبيرة هي محظور دينه. وهذا مما يمكن الوقوف عليه

من حيث العيان. والمعدّل فيما عدّل يعتمد ما لا يمكن الوقوف عليه إلا من حيث الظّاهر؛ لأنّ العدالة لا تثبت إلاّ بالأثر. جاز عن جميع المحظورات وهذا مما لا يوقف عليه إلاّ من حيث الظّاهر فاستوى الخبران من هذا الوجه. ولهذا: لو عدّله اثنان وجرحه اثنان كان الجرح أولى.

قيل له: الواجب من وجهين:

أحدهما: أنه إذا وقعت المعارضة بين الخبرين يتساقطان بحكم المعارضة. فيبقى ما كان على ما كان. والأصل: هو العدالة؛ إلاّ أن هذا غير سديد لأنه حينئذٍ يكون قضاءً بغير العدالة، فيجب أن يختصّ به أبو حنيفة ويختص الجواب بحقٍّ يثبت مع الشبهات. وليس كذلك الثاني وهو الصحيح: أنّ الجارح وإن اعتمد ما يمكن الوقوف عليه من حيث العيان؛ إلاّ أنه لم يجعل خبره حجّة في جميع الأحكام، وإن كان يعتمد ما لا يمكن الوقوف عليه من حيث العيان. عُلِمَ أنه لا يساوي بين هذين المعنيين حيث ترجح هذا في حقوق العباد [٦٢/ أ] مع وجود هذا المعنى. فترجّح هذا ضرورةً، وإن جرّحه اثنان وعدّله عشرة. فالجرح أولى؛ لأنّ الزيادة في العدد على اثنين مما لا يترجح بها ما كان شهادة حقيقةً.

ومعنى فلانٌ لا يترجح بها، ما كان خبراً أو شهادة معنى كان أولى وإن عدّله وهو محدود في القذف لا يصح؛ لأنّ عدم كونه محدود في القذف شرط وإن عدّله وهو أعمى لا يصح؛ لأنّ كونه غير أعمى شرطٌ. وإن كان بصيراً، ثم أعمى، ثم عدل. فعلى الاختلاف الذي عرفَ في الشهادة.

قال أبو حنيفة: إن شهد الشهود على رجلٍ بمالٍ أو دمٍ فسمع القاضي شهادتهم، فطعن فيهم الخصم. فإنّ القاضي لا يقضي بشهادتهم حتى يسأل

عن حالهم. فإن سأل عن حالهم وزكوا في السر والعلانية فأراد القاضي أن يقضي. فقال المشهود: أنا أجرحهم وأقيم البينة على ذلك. هل يقبل ذلك منهم؟ وتبطل شهادة شهود المدعي. فهذا على وجهين:

أمّا إن أقام البينة على جرح مفردٍ لا يدخل تحت حكم الحاكم. نحو إن قال المدعى عليه: أنا أقيم البينة أنّهم فسقة أو زناة أو على إقرارهم: أنّ المدعي استأجرهم على هذه الشهادة أو على إقرارهم أنهم قالوا: لا شهادة عندنا للمدعي على المدّعى عليه في هذه الحادثة أو على إقرارهم أنّهم قالوا: إنّ المدعي مبطل في هذه الدعوى، أو على إقرارهم أنهم قالوا: إنّهم شهدوا بالزور. أو على إقرارهم أنّهم قالوا: لم يحضروا المجلس الذي كان فيه هذا الأمر أو أقام البينة على جرحٍ يدخل تحت حكم الحاكم بأن قال المدعى عليه: أنا أقيم البينة على أنّ الشهود زنوا ووضعوا ذلك أو على أنّ الشهود شربوا الخمر أو على أن الشهود سرقوا مني كذا أو على أن الشهود شركاء في المشهود به. أو على أنّ الشهود صالحوه على كذا درهماً على أن لا يشهدوا [٦٢/ ب] عليَّ. ودفعت لهم ذلك أو على أنهم عبيدٌ أو محدودون في قذفٍ أو على أن المدعي أقرّ أن الشهود شهدوا بالزور أو على أن المدعي أقر أنّـه استأجره على هذه الشهادة أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان هذا الأمر فيه.

ففي الوجه الأول: وهو الجرح المجرّد الذي لا يدخل تحت حكم الحاكم لا تقبل هذه البينة عند علمائنا.

وقال ابن أبي ليلى وهو مذهب الشافعي: تقبل.

وفي الوجه الثاني: تقبل بالاتفاق.

وذكر الخصّاف: أنّ الشهادة على الجرح المفرد تقبل. وقد ذكرنا شيئاً

من ذلك في شرح الجامع الصغير. وتمام ذلك في شرح أدب القاضي المنسوب إلى الخصّاف، في باب: القاضي يَرِدُ عليه كتاب من قاض آخر.

هما يقولان هذه البينة قامت على الجرح. والمدّعى عليه يحتاج إلى إثباته لتندفع عنه خصومة المدعي. فوجب أن يقبل قياساً على الوجه الثاني.

ولعلمائنا في المسألة ثلاث طرق، أشار إلى جميع ذلك محمد في الكتاب: الأول: أن يقول: إن هذه شهادة قامت لا على خصم؛ لأنه لم يدع على الشاهد شيئاً يقضي القاضي بذلك على الشاهد حتى يصير الشاهد خصماً له.

الدليل عليه: أن المدعي قبله إذا قال: لا بينة لي على ما ادّعيت. وطلب منه القاضي أن يستحلف الشهود على ذلك. فإنّ القاضي لا يستحلفهم على ذلك؛ إلاّ أن هذه الطريق غير سديدة. فإن المدّعى عليه لو أقام البينـة على أنهم محدودون في قذفٍ يقبل. وهذه شهادة قامت لا على الخصم؛ فإنه لا يدعي عليهم حقاً. يقضي القاضي بذلك على الشهود حتى يصير الشاهد خصماً. ألا ترى أنه إذا لم يكن له بيّنة على ما ادعى، فأراد أن يستحلفَ الشهود لم يكن [٦٣/ أ] له ذلك. فكذلك لو أقام البيّنة على إقرار المدعي أنّهم فسقة. وما شاكل ذلك تقبل. وقد قامت لا على خصمٍ. فَعُلِمَ: أن هذا الطريق غير سديد. والثاني: أنه لو قبلت شهادة المدعي قبله على أن شهود المدعي فسقة أو زناة كان للمدعي أن يقيم بينته: أن شهود المدعى عليه شهود فسقة أو زناة أيضاً ثم. وثم. فيؤدي إلى التهاتر، إلاّ أن هذا الطريق غير سديد. فإنّ المدعي قبله لو أقام البينـة على أنهم محدودون في قذفٍ. تقبل. وكذا لو أقام البينـة

على أنهم محدودون في قذفٍ تقبل. كذا لو أقام البينة على أنهم زنوا أو وضعوا أو سرقوا مني. تقبل مع ما يؤدي إلى التهاتر.

فَعَلِمَ: أن هذا الطريق غير سديد.

والثالث وهو السديد: وهو الذي اختاره القاضي الإمام صاعد[1] وهو: أنّ الشاهد بالشهادة على الجرح المفرد صار فاسقاً؛ لأنه ارتكب كبيرةً ألحق بفاعله الوعيد في الدنيا والآخرة بنصّ القرآن المعظّم؛ لأنه أظهر الفاحشة من غير ضرورة. وإظهار الفاحشة من غير ضرورةٍ حرامٌ بنصّ القرآن.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا﴾ [النور: ١٩] الآية.

فعلمَ: أن الشاهد صار فاسقاً. والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق. فإن قيل في إظهار الفاحشة ضرورة رفع الخصومة عن المدعى عليه. وصار كما لو أقام البينة على جرحٍ يدخل تحت حكم الحاكم.

قيل له: لا ضرورة منها؛ لأنّ الضرورة تندفع بأن يقول سرّاً للمدعي

(1) قال المصنف في تاج التراجم (ص١٠): صاعد بن محمد بن أحمد بن عبدالله، أبو العلاء، عماد الإسلام، قاضي نيسابور الاستواي، تفقه على أبي نصر بن سهل، واختلف في الأدب إلى أبي بكر الخوارزمي، له: كتاب الاعتقاد، ذكر فيه عبد الملك ابن أبي الوارث أنه أشار إلى قصرهم العتيق بالبصرة، وقال: وقد خرج من هذه الدار سبعون قاضياً على مذهب أبي حنيفة، كلهم كانوا يرون إثبات القدر، وأن الله تعالى خلق الخير والشرّ، ويروون ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر وأصحابهم. قال الخطيب: بلغنا أنه مات سنة اثنتين وثلاثين وأربع مئة. وقيل: سنة إحدى وثلاثين. وقال السمعاني: ولد في ربيع الأول سنة ثلاث وأربعين وثلاث مئة.

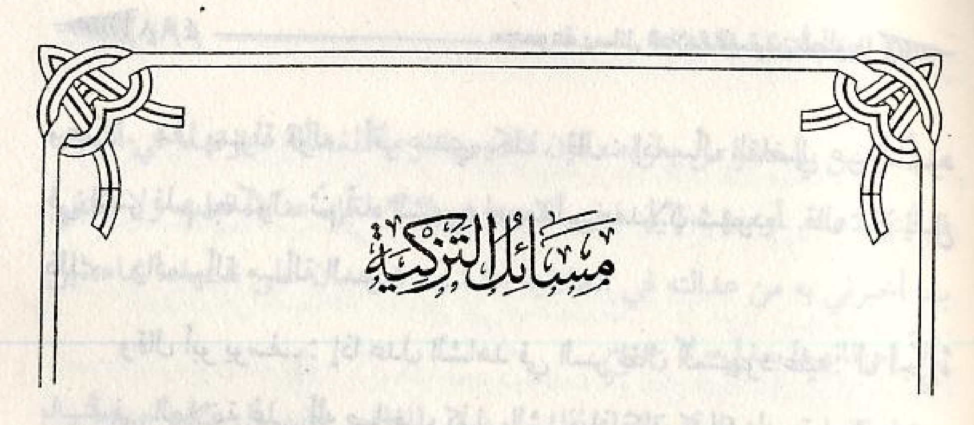
أو للقاضي، ولا يظهر ذلك في مجلس الحكم بخلاف أنّهم ما إذا شهدوا أنهم زنوا ووضعوا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني؛ لأنّ في إظهار الفاحشة ثمّة ضرورة وهي إقامة الحدّ على الشهود بخلاف ما إذا شهدوا على أنهم شركاء في المشهود به؛ لأنّه ليس في ذلك إظهار الفاحشة من جهة الشاهد. وإنّما حكى إظهار الفاحشة عن غيره. وهو شهود القذف إذ القاضي [٦٣/ ب] أو الحاكم لإظهار الفاحشة من غيره لا يكون مظهراً للفاحشة. فلم يكن فاسقاً فيثبت المشهود به بخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعي أنهم فسقة وما شاكل ذلك؛ لأنه ما شهد بإظهار الفاحشة وإنما حكى إظهار الفاحشة من غيره وهو المدعي فلم يصر فاسقاً فيثبت المشهود به.

أمّا إذا أقام البينة: أنّي صافحتهم على ذلك. فإنّ القاضي يسأل المدعى عليه. فإن قال: أعطيتهم المال قبلت البينة. وإن كان فيه إظهار الفاحشة؛ لأنّ فيه ضرورة ليصل إلى المال.

وإن قال: لم أعطهم لم يقبل؛ لأنّ فيه إظهار الفاحشة من غير ضرورة. فدلّ على أن هذه الطريق غير سديد.

وقد جمع محمد بين الطرق الثلاث، وإن كان البعض سديداً والبعض غير سديد ليتميز السديد من غير السديد بالتأمّل والتفكر. فلهذا جمع ذلك. والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *



مسائل التزكية

وهذه مسائل التزكية من المنتقى، أضيفت إلى هذا الكتاب لشبهها بتأليفه جمعاً بينهما.

قال محمد: التزكية: جودٌ، وهنا معاداة وبلاءً على الناس. ولا ينبغي للقاضي أن يعرف له صاحب مسألة ولا تعديل.

وقال: ومن وقّت في التزكية فهو مخطئٌ وهذا على ما يقع في القلب؛ لأنّه ربما يعرف الرجل الرّجل في شهرين وآخر لا يعرفه في سنة؛ لأنّه يُرائي ويتصنّع.

قال رجلٌ عدلٌ عند القاضي: وأنا لا أعرفه إلاّ أنّه وصف لي هل يسعني أن أزكيه. وقد عرفت أن القاضي زكّاه.

قال: لا يسعه أن تعدّله أنت.

قال محمّد: كم من رجلٍ أقبل شهادته ولا أقبل تعديله؛ لأنه يحسن أن يؤدي ما سمع، ولا يحسن التعديل.

قال: وينبغي للقاضي أن يحضر في مجلس قضائه أبداً رجلان يسمعان إقرار من يقرّ ويشهدان على ذلك، فينفذ الحكم عليه بشهادةٍ منه وممن حضره.

وينبغي له [أن] يبحث في المسألة عن الشهود بمحضرٍ من رجلين يحضران [٦٤/ أ] أيضاً تزكية من أرسله في المسألة عن الشاهد.

قال: ولا يجوز للقاضي أن يقول: قد سألت عنها في السر والعلانية فزكيا

وعدّلا. هذا بمنزلة قوله: أقر عندي بكذا. قال: إذا سأل القاضي عن الشهود في السر فلم يعدّلوا، ثم أتاه المشهود له بعدلين يعدلان شهوده. قال: لا يقبل ذلك. والمسألة مسألة السر.

وقال أبو يوسف: إذا عدل الشاهد في السر فقال المشهود عليه: أنا أجيءُ بالبينة في العلانية على أنه صاحب كذا. الشيء إذا كان كذلك لم يقبل شهادته. فإني لا أقبل ذلك من المدعي قبل إذا عدل في السر.

وكان أبو حنيفة يقول: ينبغي للقاضي أن يلي مسائل الشهود بنفسه، فإن قوي على أن يكتب القصص بنفسه فهو أفضل. ولو شهدوا على رجلٍ بمالٍ فلم يعدلوا به فسأل المشهود عليه الحاكم أن يرد شهادتهم، فإنه يتخوف أن يشهدوا بهذه الشهادة عليه عند قاضٍ آخر غيره فيجيزها عليه. فإنه ينبغي أن يرد حينئذٍ شهادتهم. فإن قال: اشهدوا أني قد رددت شهادتهم أو قد قضيت برد شهادتهم المتهمة في هذه الشهادة أو لأنهم غير عدول في شهادتهم أو سمع ذلك منه ولم يقبل شهدوا، ثم شهدوا بها بعد ذلك عند حاكم. فيسأل المطلوب الحاكم الأوّل أن يكتب له إلى الحاكم ما كان منه في رد شهادتهم. فإنه يكتب له بذلك.

وينبغي للثاني: أن يردّها وإن كان الأوّل سأل عنهم، فلم يعدلوا، فلم يرد شهادتهم حتى شهدوا عليه بها عند حاكمٍ آخر. فسأل عنهم فعدلوا. فإنّ الثاني يمضيها. وهذا كان الأوّل أعاد المسألة عنهم فعدلوا.

وقال محمّد: أقبل شهادة الشاهدين على شهادة شاهدٍ قد عرفاه باسمه ونسبه، وإن لم يعدلاه [٦٤/ ب] وقالا: لا معرفةَ لنا بصلاحه. واسأل عن الشهود على شهادته. فإن عدل أجزت ذلك، وإن شهدوا على شهادته وأنه

عدلٌ وليس بالمصر من يعرفه، فإن كان موضوعاً للمسألة دعوتهما في السر، فسألتهما عنه. أو بعثت إليهما فيسألا عنه في السّرِ، فإنّ عدّلاه قبلت ولا أكتفي بما أخبرني به من عدالته في العلانية إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين بألاّ يعرفانهما بعدلٍ ولا جرحٍ.

قال محمد: قد اتسقا في ذلك. وينبغي للقاضي أن يسأل عنهم جميعاً.

وقال: رجلان شهدا على شهادة رجلٍ وقد عرف القاضي أنّهما عدلانِ فعدلا المشهود عليه.

قال: سألهما أيضاً في السّرِّ ولو قال حين شهدا: إنه لا خير فيه. وزكّاه عشرةٌ لم تقبل شهادته، ولو جرّحه أحد الشّاهدين لم يلتفت القاضي إلى جرح واحدٍ.

قال: إذا قال المشهود عليه هذا الشاهد عبدٌ وزعم الشاهد أنّه حرّ الأصل سألت عنه في السر، فإن قالوا: هذا حرّ الأصل أجزت شهادته. وإن قالوا: أجري عليه الرقّ لم أقبل شهادته حتى يقيم البينة على أنه حرٌّ. هذا في الشهادة. فأمّا إذا قتل رجلاً أو قطع يده أو قدَمه، وادّعى الفاعل أنه المفعول به، لم أقتله، ولم أقطعه، ولم أحدّه، حتى يقيم الطالب البينة أنّه حرٌّ.

وكذلك لو قال الفاعل: إنّي عبد والمفعول به حرٌّ.

قال محمد عن أبي حنيفة: إذا طعن الخصم في الشّاهدين. قال: هما مملوكان. فسألهما، وقالا: حرّا الأصل، فإنّي أسأل عنهما في السّرّ. وأكتفي بها، فإن جاءني على ذلك أجزت شهادتهما وهو قول محمّد.

قال هشام: سألت محمداً عن المشهود عليه: إن ادّعى أن الشّاهدين

عبدان. قال: أسأل الذي ادّعى شهادتهما، فإن قالا كانا مملوكين [٦٥/ أ] فأعتقا. سألتهما البينة على ذلك.

وروى ابن سَمَاعة(١)، عن أبي يوسف قال: لا أجيز شهادة من شتم أصحاب رسول الله ﷺ؛ لأنّ هذا مجونٌ وسفهٌ. وأقبل شهادة الذي تبرأ منهم؛ لأن هذا منه تديّنٌ.

(١) قال المصنف في تاج التراجم (ص١٩): محمد بن سماعة بن عبيد بن هلال بن وكيع ابن بشر التيمي، أبو عبدالله، حدّث عن: الليث بن سعد، وأبي يوسف، ومحمد ابن الحسن، وكتب النوادر عن أبي يوسف، ومحمد، وروى الكتب والأمالي. قال الصيمري: وهو من الحفاظ الثقات. وقال الخطيب: توفي سنة ثلاث وثلاثين ومئتين، وله مئة سنة وثلاث وستون سنة، كذا، كان مولده سنة ثلاثين ومئة، وروي: أنه بلغ ذلك السن، وهو يركب الخيل ويفض الأبكار. وقال ابن معين: لو كان أهل الحديث يصدقون في الحديث كما يصدق محمد بن سماعة في الرأي، لكانوا فيه على نهاية، وكان يصلي في كل يوم مئتي ركعة، وولي القضاء للمأمون ببغداد سنة اثنتين وتسعين ومئة بعد موت يوسف بن أبي يوسف، فلم يزل على القضاء إلى أن ضعف بصره، فعزل، وضم عمله إلى إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة، ولما مات قال ابن معين: اليوم مات ريحانة أهل الرأي. له كتاب أدب القاضي، وكتاب المحاضر والسجلات. وقال الصيمري: سبب كتابة ابن سماعة للنوادر عن محمد ابن الحسن؛ أنه رآه في النوم كأنه يثقب البر، فاستعبر، فقيل له: هذا رجل ينطق بالحكمة، فاجتهد أن لا يفوتك من لفظه شيء، فبه أمسك. وكتب عنه النوادر. قال محمد بن عمران: سمعت ابن سماعة يقول: مكثت أربعين سنة لم تفتني التكبيرة الأولى مع الإمام، إلا يوم ماتت فيه أمّي، ففاتتني صلاة واحدة في الجماعة، فقمت فصليت خمساً وعشرين صلاة، أريد بذلك التضعيف، فغلبتني عيني فأتاني آتٍ، فقال: يا محمد صلّيت خمساً وعشرين صلاة، ولكن كيف بتأمين الملائكة. والله أعلم.

وقال: من أحبّ الشطرنج فكان يتشاغل بها عن الصّلاة أو يقامرُ بها، فإنّي لا أقبل شهادته وأن لا يشغل عن الصلاة ولا يقامر بها قبلت شهادته، ولا أقبل شهادة من يلعب بالحمام وبغيرها. وأقبل شهادة من اتخذها مقصصةً ولا يقامر بها.

ومن سأل عنه فقالوا: نتهمه بشتم أصحاب النبي ﷺ، فإنه لا يقبله حتى يقولوا سمعناه يشتم.

وإن قالوا: نتهمه بالفسق والفجور، ونظنّ به ذلك، ولم يره. فإني أقبل ذلك ولا أجيز شهادته.

وقال رجلٌ ادّعى داراً في يد رجلٍ وأقام عليه شاهدين بأنّها له. فقال المشهود عليه: أنا أقيم البينة على أنّ الشّاهد كان يدّعيها ويزعم أنها له.

قال: هذا جرحٌ إن عدلت البينة عليه بذلك.

وذكر هشام في نوادره قال: سمعت أبا يوسف يقول: لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكّى في السّرّ. وإذا عرفت هذا لم أسأل عنهم أحداً.

وقال أبو يوسف: إذا سألوا عن الشهود فقالوا: لا نعلمه إلاّ خيراً فهو جائزٌ ـ يعني: أنّها تزكية ـ.

وروى إبراهيم، عن محمد: أنّه إذا قال المزكي: لا أعلم منه إلا خيراً.

قال: تقبلُ منه إذا كان عالماً، بصيراً. وإن لم يكن فقيهاً يوقف ذلك.

قال: وينبغي للقاضي أن يسأل المزكي عن الجرح إلا أن يكونا عالمين. فيكتفي بقولهما لا خير فيه.

وقال أبو يوسف: أقبل شهادة الشّاعر ما لم يقذف في شعره المحصنات.

قال هشام: سألت محمداً عن رجلٍ له مقبل شرب قناةٍ أو نهر أجره شهراً أو سنةً وقد أعلموه أن هـذا مكروه فلا ينتهي. هل يزكّى أن يشهد بشهادةٍ ولا يعلمون عنه إلاّ خيراً ما عدا بيع الماءِ.

قال محمد: هذا مما يختلف فيه الناس، وفيه شبهة. فإذا فعل ذلك على وجه شبهة أجزنا شهادته.

قال: وسألت عن [٦٥/ ب] رجلٍ ليس له أصلٌ، ولكنه استأجر ماءً شهراً أو سنةً لزرعٍ له. فيفضل منه فضلة فيبيعها أو لا يكون له زرعٌ فيستأجر هذا الماء لينجر فيه للبيع. ماذا ترى في تزكيته للشهادة؟

قال: إذا كان لا بأس به في غير هذا لا تبطل شهادته.

قال محمد: موسرٌ لم يحج، ولم يؤدّ زكاة ماله. إن كان صالحاً لم تجرح شهادته بهذا؛ لأنّ الحج ليس لهُ وقتٌ. والزّكاة إذا وجبت ليس لها وقت.

قال: وما كان له وقتٌ فأخره لم أقبل شهادته.

قلت: وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: الفورية واجبة، فيأثم بالتأخير، ويفسق. وترد شهادته. هكذا في شرح الهداية. والله أعلم.

قال هشام: سألته عن الرجل يشهد على شهادة أبيه، أو يُزكّي أباه. قال: جاز. وله أن يزكي أباه حياً وميتاً.

قال: وسألته عن الغريب ينزل بين أظهر قوم لا يعرفونه ثم شهد بشهادة ما يقول فيمن قال: إذا نزل بين أظهرهم ستة أشهرٍ وهو غريب، فلم يروا منه إلاّ خيراً. إنّهم يعدّلونه. فإنّ محمداً لا يعرف وقت السّتة أشهر.

قلت: أفقاله أحدٌ من أصحابك؟ قال: أظنّ أبا يوسف قال شيئاً من ذلك.

قلت لـه: فما تقول أنـت؟ قال: على قدر ما يقع في قلوبهم - يعني: صلاحه - فإنه لا يكاد يخفى.

وقال أبو يوسف: إذا عرف الرجل باسمه ونسبه، فإن لم يكن له بدينه علمٌ فلا تزكه في الشهادة، فإن علمت منه خيراً في يومٍ أو شهرٍ فلا تزكه وأدنى ما تزكيه فيه ستة أشهرٍ فصاعداً تعرفه بالصلاح. وكذلك إذا كان يغيب ويحضر. فإذا كان جميع ما رأيته ستّة أشهر عرفته فيها بالصّلاح زكّيته وشهدت على شهادته.

وقال أبو يوسف: لا تزكية إلاّ بعد معرفة سنةٍ.

قال هشام: قلت لمحمّد: فإذا شهدَ بشهادة فعدل فيها، ثم شهد بشهادةٍ فقال: إذا كان قريباً اكتفوا بالتعديل الأوّل.

قلت: قال في الصغرى: تكلموا فيه. والصحيح قولان:

أحدهما: مفوّض إلى رأي القاضي.

والثاني: لو تخلل ستّة [٦٦/ أ] أشهرٍ يحتاج أشهراً وإلاّ فلا.

قال: نصراني شهد شهادة، ثم أسلم.

قال: إن كان عدل قبل أن يسلم قبلت شهادته، وإن كان لم يعدل حتى أسلم سألت عنه. هل كان يعدل في النصرانية، فإن كان يعدل في النصرانية قبلت شهادته.

قال: وسألته عن مشركين شهدا على مشركٍ فعدلا في شركهم، فلم يوجه القضاء حتى أسلم المشهود عليه، فلو أسلم الشاهدان مكانهما.

قال: أسأل الشاهدين أن يعيدا الشهادة عليه.

قلت له: أفتسأل عن تعديلهما؟.

قال: لا. لأنهما قد عدلا عن الشرك.

قلت: فلم لا يؤخر أمرهما حتى ينظر كيف قولهما الإسلام ولفرائضه.

قال: إذا عدلا في الشرك فهما عدلان.

قلت: فمسألة الشرك من يسأل عنهما مسلمون أو مشركون. قال: بل مسلمون. قلت: فإن لم يعرفهم المسلمون. قال: يسأل هؤلاء المسلمون عن عدولٍ من المشركين، ثم أولئك[1] عن الشهود.

قال: وسألته عن الشاهدين إذا رجعت مسألتهما أنّهما عدلان، ولكن أوهما فيما شهدا عليه. فقال: لا أقبل هذا حتّى أبعث إلى الذين عدلا فأسألهما ما هذا الذي أوهما فيه.

قلت: فترى لهما إذا عرف الشهود عدول، وأن الذي شهدا عليه وهم منهما: إن اتفقا فلا يجرحا ولا يعدلا؟.

قال: لا. ولكن أحب إليَّ أن يخبرا أنّهما عدلان إلا أنهما أوهما في كذا.

قال هشام: أرى أن يتفقا إذا كان هكذا.

قال محمّد: إذا زكى الشهود عليه الشاهدين. قال: أسأله: أصدقا؟ فإن قال: أوهما، ولكنهما صالحان. قال: لا أقضي عليه؛ لأنه حيث قال أوهما فلم يزكهما.

قال هشام: قلت لمحمد: غريب شهد ولا يعرف إذا سئل عنه في السرِّ؟.

(١) في المخطوط فراغ بمقدار كلمتين.

قال: أسأله عن معارفه في السر، فإذا عدلوا سألتهم عنه، فإن عدلوه قبلت ذلك.

وقال محمّد في رجلٍ شهد عند قاضي مِصر فلم يعرفه أحدٌ. فقال المشهود له: إنّ شاهدي ما يعرف إلاّ في مصري. فاكتب إلى قاضي مصر كذا، فإنه [٦٦/ ب] يعرفه أو يعرف في مصره. قال: يكتب له.

قال: إذا سأل الرجل عن تعديل الرجل، فإن كان هناك من يعدله سواه أوسعه أن لا يجيب فيه، وإن أجاب فيه كان أفضل، وإن لم يكن هناك من يجيب فيه، لم يسعه إلاّ أن يقول فيه الحق، وإلاّ فإنه هو الذي أبطل حقه.

وسألته عن رجلٍ رأى منه وافية، وإنسان يشهد له بالزّور على دراهم. فقال: أجعل لك كذا درهماً على أن تشهد لي بكذا. فاستزاده الشاهد حتى اتفقا وقد أقعد الذي سأله قوماً عدولاً، ثم شهد له الشاهد عند ذلك القاضي.

وشهد شهود عدول على مراضاته هل يصنع به القاضي ما يصنع بشاهد الزور من العقوبة؟.

قال: ولكنه يسأل عنه. فإن عدل أمضى شهادته ولا أقبل هذا؛ لأنه من التهاتر عند محمّد، لو شهد بشهادة عند قاضٍ فعدّل، ثم أتاه قوم علانية فقالوا: رأيناه أمس سكران أو جامع بالزنا أو شرب الخمر.

قال: إن كان شيئاً يلزمه فيه حق من حدٍّ أو ماله يرده على صاحبه. أبطلت شهادته، وإن كان إنما يراد بهذا إبطال شهادته، لا يراد بذلك حقٌّ يلزمه. سألت عنه، فإذا عدّل قبلت شهادته، ولم ألتفت إلى شهادتهم.

وإذا أقام المدّعى عليه البينة على إقرار المدّعي: أن شهوده شهدوا بزورٍ،

أو أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه هذا الأمر، أو بعض ما وضعت لك من الجرح الـذي لا يقبـل على الشهود، فإنه يقبل وتبطل شـهادة شهود المدعي.

ولو قال المدّعي قبله: أنا أقيم البينة على الشهود بالزنا أو شرب الخمر فأحضر شهوده. قبلت شـهادتهم، وأمضيت الحد عليهم، وأبطلت الشهادة الأولى؛ لأنهم أوجبوا عليه حـدّاً. وإنّما الـذي لا يقبـل أن يردوا إبـطال الشهادة فقط.

قلت: فقدم في الوجـه الثاني، وفي هذا زيادة أن إبطال الشـهادة بعد إمضاء الحد.

قال محمد: كان أبو حنيفة يقبل تعديل المرأة والأعمى والعبد.

وقال محمّد: لا يجوز تعديل الأعمى ولا المرأة ولا العبد.

قال: سألت محمداً، عن [٦٧/أ] شاهدين عدلين شهدا عند رجلٍ: أنّ فلاناً هذا عدل، هل يسعه إذا سأل عنه في شهادته أن يعدله وهو لا يعرفه؟.

قال: إذا كان الذين عدّلاه يُعرفا في التعديل، ويبقى أن يعدله ولا يجيز، وإن أُجيزَ فقال: يشهد عندي شـاهدان بذلك. جاز أيضاً في قياس قول أبي حنيفة؛ لأنه يجيز تعديل الواحد.

وفي قول محمد: هو معدّل واحدٍ حتى يجيء معه معدّل آخر.

قلت له: فاسـق أشهد رجلين على شهادته، ثم صلح. قال: لا يشهد الشاهدان بتلك الشهادة، إلاّ أن يشهدها ثانياً بعدما صلح.

ولو أشهدهما وهو عدلٌ، ثم فسد، لا يسعهما أن يمضيا عليه.

وقال: لا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشّراب، وإن لم يسكر. وإذا سلم الرجل من الفواحش التي فيها الحدود وما يشبه ذلك من العظائم، ثم نظر في معارضته وفي طاعته، فإن كان يؤدي الفرائض وأخلاق البر فيه أكثر من المعاصي قبلنا شهادته؛ لأنه لا يسلم عبدٌ من ذنبٍ، وإذا ترك الصلاة في الجماعة والجمع استخفافاً بها أو مجانةً، فلا شهادة له. وإن كان تركه على تأويل الهوى، وكان عدلاً فيما سوى ذلك قبلت شهادته.

رجل شهد وهو فاسق، ثم تاب وصلح قبل أن يمضي الحكم. لا ينبغي للقاضي أن يمضي تلك الشهادة.

وقال: إذا كان مقيماً على كبيرةٍ لا تقبل شهادته.

قلت: فإن غنّى بغناءٍ فيه فحشٌ وهو في غير ذلك لا بأس به.

قال: لا تبطل شهادته؛ لأنه إنما يحكي ذلك الغناء عن غيره.

وذكر ابن سَمَاعة(١) في نوادره: عن أبي يوسف قال: أجيز في التزكية سراً تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود إذا كانوا عدولاً، فزكوا لي رجلاً في السر. قبلت منهم. وأجزت قولهم. وليست هذه شهادة إنما كان هذا الدين.

ولو كان عبداً يزكي رجلاً في العلانية له، أقبل تزكيته.

وكذلك الأعمى والمحدود لا أقبل في تزكية العلانية إلا ما كنت أقبله في الشهادة.

فأمّا تزكية السر، فإنّ ذلك ليس بشهادة.

---

(١) مرّت ترجمته.

قال أبو يوسف: لا أجيز شهادة الذي إذا سكر . . . [١].

قال إبراهيم: سألت محمداً عن الرجل يشهد عند القاضي، وهو على رأس خمسين فرسخاً، فيبعث القاضي [٦٧/ ب] أميناً على جُعْلٍ يسأل المعدل عن الشاهدين، على من يكون الجعل.

قال: على المدعي ألا ترى أنّ الصّحيفة التي يكتب فيها قضية عليه.

وقال في رجلٍ أعمى: صوّامٌ قوّامٌ مغفل. يخشى عليه أن يلقن فيأخذ به.

قال: هذا أشد من الفاسق في الشهادة.

وسئل عن العدل في الشهادة؟ قال: الذي لم يظهر منه ريبةٌ.

وقال: من شرب النّبيذ ولعب بالشطرنج وهو متأوّل: أقبل شهادته.

وروى أبو سعيد، عن محمد في كتاب التزكية: أنّ أبا حنيفة قال في شهود القصاص والحدود، وفي شهود المال: إذا طعن المشهود عليه فيهم، لم يقبل القاضي شهادتهم حتى يعدلوا عنده سراً وعلانيةً.

وكذلك قال أبو يوسف ومحمّد في جميع الشهود، وإن لم يطعن فيهم الخصم.

قلت: قد تقدّم: أنّ الفتوى على قولهما كما صرّح به في غاية الكتب المصنفات.

قال: فإن قال الشهود عليه: هو عدلٌ ممن يسأل عن الشهود، هم عدول، ولكنهم قد أوهموا في شهادتهم.

(١) يظهر ـ والله أعلم ـ وجود سقط.

قال محمد: هذا كأنه قد زكاهم واحدٌ، فمن قبل تزكية رجلٍ واحدٍ قضى بهذه الشهادة. وهو قول أبي يوسف.

وأمّا في قول محمّد: فإنه ينبغي للقاضي أن يسأل رجلاً آخر أيضاً. وقد مرّت رواية محمّدٍ بخلاف هذا.

قلت: ذاك أولى؛ لأنه مصرّحٌ فيه أنه قال: وهذا مخرج.

قال: وإذا عدلَ المشهود عليه الشهود بعدما شهدوا عليه، ثم طعن فيهم، لم يقبل طعنه وقضى عليه.

وإن كان عدلهم قبل أن يشهدوا عليه، فلما شهدوا عليه طعن فيهم، لم يقض عليه بتعديله إيّاهم قبل أن يشهدوا عليه.

قال: وإذا زكّى الشهود واحد وردهم آخرُ، لم تجز شهادتهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. والرّد أولى.

وقال محمّد: الشهادة موقوفة على حالها حتى يعدل آخر، ويردّه آخر.

قلت: قد تقدّمت هذه في كلام الصّدر الشهيد. وقولهما أولى على ما ذكر قاضي خان في أوّل فتاويه.

قال محمّد: لا أقبل في تزكية القابلة إذا شهدت على الولادة أقلّ من تزكية رجلين أو رجلٍ وامرأتين في قول محمّد.

ولا أقبل إلاّ تزكية من إذا شهد مع غيره على ذلك. قبلت شهادته، ولا تقبل تزكية الأعمى في قول [٦٨/ أ] أبي حنيفة. وتقبل عند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ؛ لأنه يرى قبول شهادته فيما شهد عليه قبل أن يعمى.

قال أبو حنيفة: لا يجوز تزكية المرأة في الحدود.

وقال محمّد: لا يجوز في تزكية الزّنا إلاّ الأربعة كإشهاده.

قلت: وقد مرّت. وقد آثرنا ذكر جميع ما قيل، وإن تكرر كما فعل الإمام جمال الدين الحَصِيريّ(١).

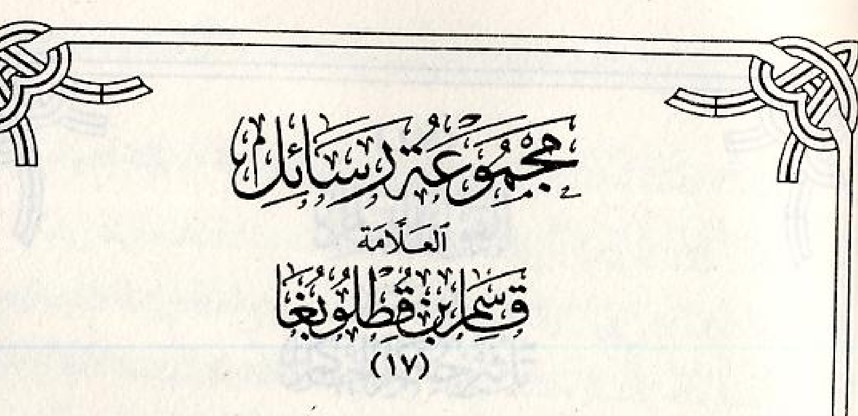
ولهذا: تبيّن صدق قولي في شأن القاضي الذي سئلت عن صنعه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

□ □ □

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (الحصري).

وقال المصنف في تاج التراجم (ص٦٩): محمود بن أحمد بن عبد السيد بن عثمان ابن نصر بن عبد الملك جمال الدين أبو المحامد الحصيري البخاري، تفقه ببخارى على قاضي خان، وسمع من منصور الفراوي والمؤيد الطوسي بنيسابور، وبحلب من الشريف أبي هاشم، ودرّس بدمشق وأفتى وحدث، وتفقه عليه المعظم عيسى ابن أيوب وجماعة، وشرح الجامع الكبير، وكان كثير الصدقة غزير الدمعة نزهاً عفيفاً يكتب خطاً مليحاً، توفي يوم الأحد ثامن من صفر سنة ست وثلاثين وست مئة بدمشق ومولده ببخارى في جمادى الأولى سنة ست وأربعين وخمس مئة، قلت: نسبته إلى محلة ببخارى ينسج بها الحصير واسم شرحه لجامع التحرير عدته ثمان مجلدات، وله آخر مختصر وكتاب آخر في مجلدين سماه خير مطلوب في الفقه. وانظر سير أعلام النبلاء (٢٣/ ٥٣ ـ ٥٤).



القول القائم في بيان تأثير حكم الحكام

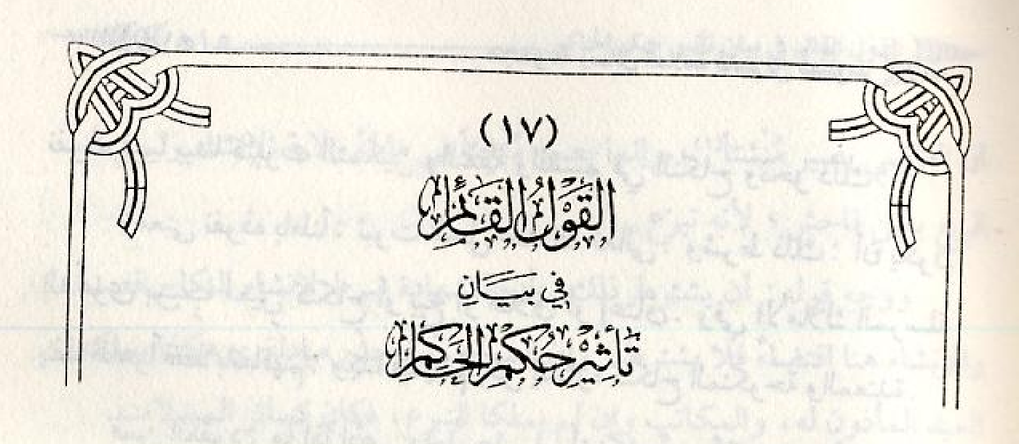
[٦٨/ ب]

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢ هـ والمتوفى سنة ٨٧٩ هـ

رحمه الله تعالى



قال ـ رحمه الله ـ:

قد كان جرى بيني وبين علماء العصر المذاكرة ببعض المسائل الفقهية، وكان منها مسألة قضاء القاضي بشهادة في العقود والفسوخ، وكنت ذكرت له ما حضرني في ذلك، ثم بعد مدة سألني مرّةً أن أكتب له ما كان شيء في ذلك المجلس على وجه التحقيق.

فقلت مستعيناً بالله، إنه حسبي ونعم الوكيل: إذا قضى القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفُذ ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أوّلاً.

وقال أبو يوسف في قوله الآخر: ينفذ ظاهراً لا باطناً. وهو قول محمد.

وحكى الطحاوي[1] قول محمّدٍ مع أبي حنيفة، ومعنى نفوذه ظاهراً:

---

(١) قال الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٥) بعدما ذكر حديث أم سلمة: ذهب قومٌ إلى أنّ كل قضاء قضى به حاكمٌ من تمليك مالٍ، أو إنابة ملكٍ عن مال، أو من إثبات نكاح، أو من حلّه بطلاق، أو بما أشبهه، أنّ ذلك كلّه على حكم الباطن، وأنّ ذلك في الباطن كهو في الظّاهر، وجب ذلك على ما حكم به الحاكم. وإن كان ذلك في الباطن على خلاف ما شهد به الشّاهدان، وعلى خلاف ما حكم به بشهادتهما على الحكم الظاهر لم يكن قضاء القاضي موجباً شيئاً، من تمليك، ولا تحريم، ولا تحليلٍ، واحتجوا بذلك بهذا الحديث. وممن قال بذلك أبو يوسف وخالفهم =

نفوذه فيما بيننا كثبوت التمكين والنفقة والقسم في النكاح ونحو ذلك.

ومعنى نفوذه باطناً: ثبوت الحل عند الله تعالى. وشرط ذلك: أن يكون الدعوى بسببٍ معيّنٍ كنكاحٍ أو بيعٍ أو طلاقٍ أو إعتاق. وفي الأملاك المرسلة ينفذ ظاهراً فقط باتفاقهم. وكذا فيما لم يكن إنشاؤه كنكاح المنكوحة والمعتدة.

فمن العقود: ما إذا ادّعى رجلٌ على امرأةٍ نكاحاً، وأنكرت، فأقام عليها شاهدي زورٍ، وقضى القاضي بالنكاح بينهما، حلّ للزوج وطؤها، وحل للمرأة التمكين على قول أبي حنيفة. وهو قول أبي يوسف الأوّل خلافاً لمحمّد وزفر. وهو قول أبي يوسف الآخر.

وكذا إذا ادّعت المرأة على رجلٍ نكاحاً وأنكره.

ومنها: ما إذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ما إذا قال: بِعني هذه الجارية، أو البائع مثل أن يقول: اشتريت مني هذه الجارية، فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعاً.

واختلف المشايخ: هل يشترط في النكاح أن يكون بحضرة من يصلح شاهداً فيه أم لا. وفي البيع هل يكون بما لم يتغابن بمثله في الثمن أم لا. فوجه من شرط حضور الشهود: أنّ الشهادة شرط صحة العقد، فلا بد من ذلك ووجهه في البيع: ....

= في ذلك آخرون فقالوا: ما كان من ذلك من تمليك مالٍ، فهو في حكم الباطن كما قال رسول الله ﷺ: «من قضيت له بشيءٍ من حقّ أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع قطعة من نار». وما كان من ذلك من قضاءٍ بطلاقٍ أو نكاحٍ بشهود ظاهرهم العدالة وباطنهم الجرحة، فحكم الحاكم بشهادتهم على ظاهرهم الذي تعبّد الله أن يحكم بشهادة مثلهم معه، فذلك يحرم في الباطن كحرمته في الظّاهر.

أن القاضي يصير مُنْشِئاً(1)، وإنما يصير مُنْشِئاً في ما لَهُ ولاية الإنشاء وليس له البيع بغبنٍ فاحشٍ؛ لأنه تبرّع.

ووجه قوله: أن يشترط ذلك: أن الشهادة شرط لإنشاء النكاح قصداً والإنشاء هنا اقتضاءٌ فلا يشترط، وإن البيع بغبنٍ فاحشٍ مبادلة. وهكذا يملكه العبد المأذون له، والمكاتب وإن لم يملكا التبرع، فكان كسائر المبدلات.

ومن الفسوخ مثلاً: إذا ادّعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية، وأقام شاهدي [زور] ففسخ القاضي. حلّ للبائع وطؤها.

ومنها: ما إذا ادّعت على زوجها أنّه طلّقها ثلاثاً فأقامت شاهدي زورٍ وقضى القاضي بالفرقة، وتزوجت بزوجٍ آخرَ بعد انقضاء العدة حلّ للزوج الثاني وطؤها ظاهراً وباطناً.

عُلِمَ أنّ الزوج الأول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين علم أو لم يعلم [٦٩/أ] بذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان عالماً بحقيقة الحال لا يحل له الوطءُ عندهما. لم تقع باطناً، وإن لم يعلم بها حل له ذلك.

وأمّا الزوج [الأول] فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف [آخراً] وإن كانت الفرقة لم تقع باطناً؛ لأنّ قول أبي حنيفة أورث شبهةً؛ ولأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيحدّونه.

وقال شيخ الإسلام: إنّ على قول أبي يوسف يحل وطؤها سراً.

وعلى قول محمّد: لا يحلّ للأوّل وطؤها ما لم يدخل بها الثاني. فإن

(١) في المخطوط: متثبتاً والصواب ما أثبت صُحِّحَ من المحيط البرهاني وشرح الهداية.

دخل بها لا يحلّ سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم. هذه نبذة مما يظهر فيه الخلاف، وبقولهما قال مالك والشافعي وأحمد في أحد الروايتين.

قال القاضي عياض في شرح مسلم: مذهبنا: أن حكم الحاكم لا يحل الحرام سواء الدماء والأموال والفروج.

وعند أبي حنيفة: يحل في الفروج.

واحتجّ أصحابنا عليه بعموم الحديث.

يعني حديث أمّ سلمة: أنّ النبي ﷺ قال: «**إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ**(١) **بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ**». متفقٌ عليه(٢).

---

(١) أعرف بالحجّة وأفطن لها من غيره.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧١٩) رقم (٤٤٨) والحميدي (٢٩٦) والإمام أحمد (٦/ ٢٠٣ و٢٩٠ و٣٠٧ و٣٠٨ و٣٢٠) والشافعي في المسند (٢/ ٧٨ ترتيب السندي) والأم له (٦/ ٢٠١ ـ ٢٠٢ و٧/ ٣٦) والبخاري (٢٦٨٠ و٦٩٦٧ و٧١٦٩) ومسلم (١٧١٣) وأبو داود (٣٥٨٣) والترمذي (١٣٣٩) والنسائي في الكبرى (٥٩٤٣ و٥٩٥٦) وفي المجتبى (٨/ ٢٣٣ و٢٤٧) وابن ماجه (٢٣١٧) وأبو عوانة (٤/ ٣ ـ ٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٤) والحارث بن أبي أسامة (٤٦٢ زوائد) وابن الجارود (٩٩٩) وأبو يعلى (٦٨٨٠ و٦٨٨١ و٦٩٩٤) وابن حبان (٥٠٧٠ و٥٠٧٢) والطبراني في الكبير (٢٣/ رقم ٧٩٨ و٨٠٣ و٩٠٧) ومسند الشاميين (١٢٧١) والدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٩) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٤٣ و١٤٩) والخطيب في تاريخه (٤/ ١٠ و٧/ ١٧٩) والبغوي في شرح السنة (٢٥٠٦) والروايات ألفاظها متقاربة.

وبهذا الحديث تمسّك الشافعي أيضاً.

قال البيهقي في كتاب المعرفة(١): حدثنا أبو عبدالله وأبو بكرٍ وزكريا وأبو سعيد قالوا: حدثنا أبو العباس(٢) محمّد بن يعقوب، حدثنا الربيع بن سليمان، حدثنا الشافعي، حدثنا مالكٌ، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن زينب بنت أبي سلمة، عن أمّ سلمة: أنّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال: «**إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ**». الحديث.

قال الشافعي في روايةِ أبي سعيدٍ(٣): فَبِهَذَا نقُولُ، وفي هذا البيان الذي لا إشكال معه ـ بحمد الله ونعمته ـ على عالم، فنقول: وَلِيُّ السرائر الله تبارَكَ وتعالى، فالحلال والحرام ما يعلمه الله(٤)، والحكم على ظاهر الأمر، وافقَ ذلك السرائرَ أو خالفها [٦٩/ ب]، فلو أنّ رجلاً أقام(٥) بيّنةً على آخر، فشهدوا أنّ له عليه مئة دينارٍ، فقضى بها القاضي، لم يحلّ للمقضي له أن يَأْخُذَهَا إذا علمها باطلاً، ولا(٦) يحلّ حكم القاضي(٧) على المقضيّ له والمقضي عليه، ولا يجعل الحلال على كل واحدٍ منهما حراماً، ولا الحرام

---

(١) أخرجه البيهقي في المعرفة (١٩٨٥٢). ومن نفس الطريق في السنن الكبرى (١٠/ ١٤٩) وليس فيه: «مثلكم».

(٢) أقحم في المخطوط: (حدثنا).

(٣) وانظره أيضاً في الأم للشافعي (٧/ ٤٢) (بابٌ في حكم الحاكم).

(٤) في المعرفة: (فالحلال والحرام على ما يعلم الله).

(٥) في المعرفة: (زوّر).

(٦) في المخطوط: (لا).

(٧) في المعرفة: (الحاكم).

لواحدٍ[(١)] منهما حلالاً.

ثم ساق الكلام في الطلاق والبيع، وغير ذلك على هذا القياس.

قال[(٢)]: وروينا عن ابن سيرين، عن شريحٍ: أنّه كان يقول للرّجل: إنّي لأقضي[(٣)] لك، وإنّي لأظنّك ظالماً، ولكن لا يسعني أن لا أقضي إلاّ بما يحضرني من البيّنة[(٤)]، وإنّ قضائي لا يحلّ حراماً. انتهى.

وقال الرافعي في شرح الوجيز: حكم القاضي على وجهين:

أحدهما: ما ليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذٌ لما قامت الحجة عليه. وهذا ينفذ ظاهراً لا باطناً سواء كان بمالٍ أو نكاح.

الثاني: الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين، وفسخ النكاح بالعنّة. وهذا فيه وجهان:

أحدهما: المنع. وبه قال الأستاذ أبو إسحاق.

---

(١) في المعرفة: (على واحد).

(٢) البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٩٨٥٥).

وروواه البيهقي في السنن الكبرى (٢/ ١٨١) عن شريح: أنّه كان يقول للرّجل: إنّي لأقضي لك وإنّي لأظنّك ظالماً، ولكن لا يسعني إلاّ أن أقضي بما يحضرني من البيّنة، وإنّ قضائي لا يحلّ لك حراماً.

وروواه ابن أبي شيبة (٢٢٩٧٧) عن محمد قال: كان شريح مما يقول للخصم: يا عبدالله، والله إني لأقضي لك، وإني لأظنك ظالماً، ولكني لست أقضي بالظن، ولكن أقضي بما أحضرني، وإن قضائي لا يحل لك ما حرّم عليك.

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (لا أقضي).

(٤) في المعرفة: (يسعني إلاّ أن أقضي بما يحضرني من السنة).

الثاني: أنه ينفذ باطناً.

وجهٌ ثالثٌ: وهو التفريق بين من يعتقد حكمه من الخصمين. والأصحّ عند جماعةٍ: ينفذ في حق من يعتقد. وفي حقّ من لا يعتقد. واحتجّ بالحديث المتقدم.

وبه احتجّ ابن قدامة في المغني لمذهب أحمد. ثم قال بعد ذكره: وهذا يدخل فيه ما إذا ادّعى أنه اشترى منه شيئاً، فحكم له؛ ولأنه حكم بشهادة زورٍ فلا يحلّ له ما كان محرّماً عليه، كالمال المطلق.

وللرافعي نحو هذا القياس أيضاً.

وتمسك بهذا الحديث أيضاً أهل الظّاهر كما ذكره الحافظ علي بن حزم بعد روايته له من طريق عبد الرزاق.

واستدلّ به الطحاوي لأبي يوسف، إذ كان عنده أن محمداً مع أبي حنيفة.

واستدلّ به لهما من جعله مع أبي يوسف. واستدل لهما أيضاً: بأن شهادة الزور حجّة ظاهراً لا باطناً، فصار كما إذا كان الشهود كفّاراً أو عبيداً، فإنه ينفذ ظاهراً لا باطناً، وبأنّ القضاء إظهار [٧٠/ أ] ما هو ثابتٌ، لا إثبات ما لم يكن ثابتاً. فلا ينفذ باطناً.

واستدلّ لأبي حنيفة: بأنه لما كان إظهار ما ليس بثابتٍ حالاً. وقد كلّف الإظهار، فيجب إثباته اقتضاءً لئلا يكون تكليف ما ليس في الوسع، وأنّه ممكن.

فالقاضي نائبٌ عن الله، ولله ولاية الإثبات، فصار كأنّ الشارع قال: أثبت الحكم بينهما، ويجوز ذلك وإن لم يوجد الرضا؛ لأنّ للمولى ولاية إجبارِ

العبد، وكلّنا عبيدهُ وإماؤه. وبهذا يخرج الجواب عن التعليل الأخير لهما.

واستدلّ لهما أيضاً: بأنّ الشهودَ صَدَقَةٌ عند القاضي؛ لأنّ الغرض أن لا يطلع على شيءٍ مما يجرحهم.

ومثل هذه الشهود هو الحجّة المعتبرة في الشّرع لتعذّر الوقوف على الصّدق حقيقة؛ لأنّ ذلك أمرٌ باطنٌ لا يعلمه إلا الله. فلو اشترط للقضاء لما أمكن القضاء أصلاً.

وإذا وجدت الحجّة الشرعيّة، فعند الحاكم ظاهراً وباطناً بخلاف الكفر والرق؛ لأن الوقوف عليهما متعسرٌ بالأمارات. وهذان الطريقان للمتأخرين.

واستدلّ في الأصل[1] فقال: بلغنا عن عليٍّ كرّم الله وجهه: أَنَّ رَجُلاً أَقَامَ عِنْدَهُ بَيِّنَةً عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا، فَأَنْكَرَتْ، فَقَضَى[2] لَهُ بِالْمَرْأَةِ. فَقَالَتْ: إِنَّهُ لَمْ يَتَزَوَّجْنِي، فَأَمَّا[3] إِذَا قَضَيْتَ عَلَيَّ فَجَدِّدْ نِكَاحِي. فَقَالَ: لا أُجَدِّدُ نِكَاحَكِ، الشَّاهِدَانِ زَوَّجَاكِ.

قال: وبهذا نأخذ، فلو لم ينعقد النّكاح بينهما باطناً بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها، ورغبة الزّوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزّنا، وصيانة مائه[4].

---

(١) أي: محمد بن الحسن ـ رحمه الله تعالى ـ.

(٢) في المخطوط: (فقال).

(٣) تقرأ في المخطوط: (لم يفرق حتى قاما).

(٤) ذكر قول محمد في الأصل إلى هنا صاحب رد المحتار (٢١/ ٤٢٧) وقال: من رسالة العلامة قاسم المؤلّفة في هذه المسألة، وقوله: وبهذا نأخذ دليلاً لما حكاه الطّحاويّ من أنّ قول محمّدٍ كقول أبي حنيفة.

واستدل الطحاوي[1] بما رواه، عن يونس، حدثنا سفيان، عن عمرو ابن دينار، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر قال: فَرّق النبي ﷺ بينَ أخوي بني عجلان وقال لهما: «حِسَابُكُمَا عَلَى اللهِ، [الله] يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ لاَ سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا». الحديث.

حدثنا يونس، حدثنا سفيان، عن الزهري، سمع سهل بن سعدٍ السّاعدي يقول: شهدتُ النبي ﷺ فرّق بين المتلاعنين فقال: يا رسول [٧٠/ ب] الله! كذبت عليها إن أمسكتها. قال: «هِيَ طَالِقٌ ثَلاَثاً»[2].

حدثنا يونس، حدثنا ابن وهب، حدثنا مالك[3]، عن ابن شهاب: أنّ سهلَ بن سعدٍ الساعدي أخبره: أنّ عويمراً العجلاني أتى عاصم بن عدي الأنصاري. فذكره[4].

حدثنا أحمد بن أبي داود، حدثنا الوهبي، حدثنا الماجشون، عن الزهري، عن سهل بن سعد، عن عاصم بن عدي قال: جاء[5] عويمر. فذكر مثله[6].

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٥) وزاد: قال: يا رسول الله، صداقي الذي أصدقتها؟ قال: «لا مال لك عليها، إن كنت أصدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كاذباً عليها، فهو أبعد لك منه».

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٣٤ و٣٣٥ و٣٣٦) والدارمي (٢٢٣٥ و٢٢٣٦) البخاري (٤٩٥٩) ومسلم (١٤٩٢) وأبو داود (٢٢٤٥ و٢٢٤٨ و٢٢٥١) والنسائي (٦/ ١٤٣) وابن ماجه (٢٠٦٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٥).

(٣) في شرح المعاني: (هلال).

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٥).

(٥) في شرح معاني الآثار: (جاءني).

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٦).

قال: فقد علما: أنّ النبي ﷺ لو علم الكاذب منهما بعينه لم يفرّق بينهما، ولم يلاعن.

ولو علم أنّ امرأةً صادقة يحدّ الزوجُ لها بقذفه إيّاها.

ولو علم أنّ الزوج صادقٌ لحدّ المرأة للزنا الذي كان منها.

فلما خفي الصادق منهما على الحاكم، وجب حكم آخر، بحرمة الفرج على الزوج في الباطن والظّاهر، ولم يرد ذلك إلى حكم الباطن.

فكما ثبت هذا في المتلاعنين، ثبت أن الفِرَقَ كلها، والقضاء مما ليس فيه تمليك أموال أنه على حكم الظاهر، لا على حكم الباطن، وإن حكم القاضي يحدث في ذلك التحريم والتحليل في الظاهر والباطن جميعاً، وأنّه على خلاف الأموال[1] التي يقضي بها الظّاهر وهي في الباطن على خلاف ذلك.

فتكون الآثار الأول على القضاء بالأموال، والآثار الأخر على القضاء بغير الأموال[2] من إثبات العقود وحلها حتى يتبين[3] وجوه الآثار والأحكام والقضاء[4].

وحكم رسول الله ﷺ في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة: أنهما يتحالفان ويترادّان.

فتعود الجارية للبائع، ويحلّ له فرجها، ويحرم على المشتري.

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (الإنزال) والمثبت من شرح المعاني.
(٢) تحرف في المخطوط إلى: (الأموات) والمثبت من شرح المعاني.
(٣) في شرح المعاني: (حتى تتفق معاني).
(٤) في شرح معاني الآثار: (ولا تضاد).

ولو علم الكاذب منهما بعينه إذاً لقضى[1] بما يقول الصّادق، ولم يقض بفسخ البيع، ولا بوجوب حرمة فرج الجارية المبيعة على المشتري، فلما كان على ما وصفنا، كان كذلك كل قضاءٍ بتحريمٍ أو تحليلٍ، أو عقد نكاحٍ [أَوْ حِلِّهِ] على ما حكم القاضي فيه في الظاهر، لا على حكمه في الباطن. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن[2]. انتهى.

وبجوابه المذكور هنا من حديث أم سلمة: أجاب جماعةٌ من المتأخرين، وأجاب في البدائع بجوابٍ آخر [٧١/أ] وهو: أنَّ حديث أم سلمة ورد في مواريث دَرَسَتْ. والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى. وبه نقول.

قلت: قد روى ذلك الطحاوي[3]، عن الربيع المؤذن، عن أسدٍ، حدثنا

---

(١) في المخطوط: (إذ القضاء).
(٢) شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٦).
(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٤ ـ ١٥٥) وشرح مشكل الآثار (٧٦٠).
وقال في شرح المشكل (٢/ ٢٣٣ ـ ٢٣٤): فقال قائلٌ ممن لا علم له بوجوه أحاديث رسول الله ﷺ: الذي في هذا الحديث مما أضيف إلى رسول الله ﷺ من أمر كلّ واحدٍ من الرجلين المذكورين فيه، بعد تقاسمهما ما اختصما إليه فيه بتحليل كل واحدٍ منهما صاحبه من حقٍّ إن كان له، فيما أخذه صاحبه بحق القسمة محالٌ، لأن التحليل إنما يعمل في ما كان في ذمم المحللين، لا فيما كان في أيديهم مما هو عرضٌ، أو حصة في عرضٍ، إلا أن رجلاً لو قال لرجل: قد حللتك من داري التي لي في يدك، أو من عبدي الذي لي في يدك أن ذلك التحليل لا يملك به المحلل شيئاً من رقبة تلك الدار، ولا من رقبة ذلك العبد، وهذا مما لا اختلاف فيه، وكيف يجوز أن تقبلوا عن رسول الله ﷺ ما قد رويتموه في هذا الحديث من أمره كل واحدٍ من الخصمين اللذين اختصما إليه بعد مقاسمته صاحبه بتحليله من حقٍّ إن كان له في يده. =

وكيع، عن أسامة بن زيد(١)، سمع عبدالله بن رافع(٢) مولى أم سلمة، [عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ] قالت: جاءَ رجلانِ من الأنصار يختصمان في مواريث بينهما قد دَرَسَتْ، ليست فيها بيّنة(٣). فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَإِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْكُمْ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ بِشَيْءٍ فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ يَأْتِي بِهَا إِسْطَاماً(٤) فِي عُنُقِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ». قال:

= فكان جوابنا له: أن التحليل الذي في هذا الحديث لم يرد به رسول الله ﷺ ما توهّمه عليه، وإنما أراد به أن الشيء الذي يقتسمانه قد يكون فيما أخذه أحدهما حق لصاحبه، فيكون حراماً عليه أخذه وحراماً عليه الانتفاع به، وإذا حلّله منه، حلّ له الانتفاع به، وكان ذلك حراماً عليه لو لم يكن ذلك التحليل، وكان ما هما فيه لا يقدر فيه على تخليص لهما من شيء من أسبابه خلاف ذلك، لأنهما لا يقدران على عقد بيع فيه، إذ كان كلّ واحدٍ منهما لا يدري ما يحاول بيعه من ذلك، وأن ذلك إذا كان في البيع غير مقدورٍ عليه كان في الهبة والصّدقة كذلك أيضاً، وكانت كل واحدةٍ منهما من العمل في ذلك أبعد من عمل البيع فيه، وكان المقدور عليه في ذلك التحليل من كونه في يد الذي ليس له، والانتفاع به، فأمرهما رسول الله ﷺ بالمقدور عليه في ذلك، ونقلهما به من حال حرمة قد كانت قبله إلى حال حلّ خلفها، وكان ما كان منّة من الله عليه في ذلك حكمه، وبالله التوفيق.

(١) تحرف في المخطوط إلى: (يزيد). وهو أسامة بن زيد الليثي، أبو زيد المدني، روى له مسلم في الشواهد، وهو حسن الحديث. وقال ابن حجر في التقريب: صدوق يهم.

(٢) تحرف في المطبوع من شرح المعاني إلى: (نافع).

(٣) في شرح معاني ومشكل الآثار: (بينهما).

(٤) السطام: المسعار، لحديدة مفطوحة يحرك بها النار. والإسطام: المسعار. القاموس المحيط.

فبكى الرّجلان. فقال كلُّ واحدٍ منهما: حَقِّي لأخي. فقال رسول الله ﷺ: «أَمَّا إِذَا فَعَلْتُمَا، فَاذْهَبَا، فَاقْتَسِمَا، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ»(١). انتهاباً ثُمّ يحلل كلّ واحدٍ منهما صاحبه.

وفرّقوا بين العقود والفسوخ، وبين الأملاك المرسلة، عن إثبات سببٍ ثانٍ في الأسباب كثرةً، ولا يمكن القاضي تعيين شيءٍ منها بدون الحجة، فلا يكون مخاطباً بالقضاء، بالملك، وإنّما هو مخاطبٌ بقصر يد المدّعى عليه عن المدعي. وذلك نافذٌ منه، ظاهراً. فإمّا أن ينفذ باطناً بمنزلة إنشاءِ جديدٍ، فليس بقادرٍ عليه بلا سببٍ شرعي.

وأجاب الحافظ موفق الدين ابن قدامة في كتابه المغني عمّا استدل به لأبي حنيفة فقال(٢): أمّا الخبر عن عليٍّ إن صحّ، فلا حجّة فيه؛ لأنّه أضاف

---

(١) لفظ شرح المعاني (٤/ ١٥٤): فقال رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشرٌ، وإنه يأتي الخصم، ولعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأقضي له بذلك، وأحسب أنه صادقٌ، فمن قضيت له بحق مسلمٍ، فإنما هي قطعة من النّار، فليأخذها، أو ليدعها». فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقّي لأخي. فقال رسول الله ﷺ: «أما إذ فعلتما هذا، فاذهبا، فاقتسما وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحدٍ منكما صاحبه».

وجاء في شرح مشكل الآثار (٧٥٨) بلفظ: فقال رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشرٌ، وإنه يأتيني الخصم، ولعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأقضي له بذلك، وأحسب أنه صادقٌ، فمن قضيت له بحق مسلمٍ، فإنما هي قطعة من النّار، فليأخذها، أو ليدعها». فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقّي لأخي. فقال رسول الله ﷺ: «أما إذ قد فعلتما هذا، فاذهبا، فاقتسما وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحدٍ منكما صاحبه».

(٢) (١١/ ٤٠٨).

التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه، ولم يجبها إلى التزويج، فإن(١) فيه طعناً على الشهود، وأمّا(٢) اللعان: فإنّما حصلت الفرقة به، لا بصدق الزوج(٣)، ولهذا لو قامت البيّنة [به] لم ينفسخ النكاح. انتهى.

قلت: يُجاب عن جوابه: بأنّ إضافته التزويج إلى الشهود، فإنهم هم الذين ألجؤوه إلى الحكم. وذلك لا يمنع ما قلنا. وأمّا اللعان: فمن رد الحلف إلى المختلف، وذلك: أنّ الفرقة عندنا إنّما تقع بحكم الحاكم لا باللعان. وعند [٧١/ ب] أحمد على أشهر الروايتين: يقع بلعانهما قبل الحكم. وكذا عند مالكٍ. وعند الشافعي بعد فراغ لعان الزوج.

قال الرّافعي: هذه الأحكام تترتّب بمجرّد لعان الزّوج، ولا يتوقّف على شيءٍ من ذلك على لعانهما، ولا على قضاء القاضي.

وقال في المغني(٤): فيه روايتان:

---

(١) في المغني: (لأن).

(٢) في المغني: (فأما).

(٣) أقحم في المخطوط: (لا بصدق الزوج).

(٤) المغني (٩/ ٢٩) قال: (مسألة: قال: فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً) في هذه المسألة مسألتان:
المسألة الأولى: أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بلعانهما جميعاً، وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما؟ فيه روايتان:
إحداهما: أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما، وهو ظاهر كلام الخرقي، وقول أصحاب الرأي، لقول ابن عباس في حديثه: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله. وفي حديث عويمر قال: كذبت عليها يا رسول الله! إن أمسكتها فطلقتها ثلاثاً، قبل أن يأمره رسول الله ﷺ. =

= وهذا يقتضي إمكان إمساكها، وأنه وقع طلاقه، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك، لما وقع طلاقه، ولا أمكنه إمساكها؛ ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم، فالفرقة المتعلّقة به، لم تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العنة.
والرواية الثانية: تحصل الفرقة بمجرد لعانهما، وهي اختيار أبي بكر، وقول مالك، وأبي عبيد عنه، وأبي ثور، وداود، وزفر، وابن المنذر. وروي ذلك عن ابن عباس، لما روي عن عمر ؓ أنه قال: المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً. رواه سعيد. ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد، فلم يقف على حكم الحاكم الرضاع، ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم، لساغ ترك التفريق إذا كرهاه، كالتفريق للعيب والإعسار، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً. وقول النبي ﷺ: «لا سبيل لك عليها» يدلّ على هذا، وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة.
وعلى كلتا الروايتين لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما.
وقال الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ: تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده، وإن لم تلتعن المرأة، لأنها فرقة حاصلة بالقول. فتحصل بقول الزوج وحده، كالطلاق، ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول، وحكي عن البتي: أنه لا يتعلق باللعان فرقة، لما روي أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثاً، فأنفذه رسول الله ﷺ، ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه، وكلا القولين لا يصحّ؛ لأن النبي ﷺ فرّق بين المتلاعنين. رواه عبدالله بن عمر، وسهل بن سعد، وأخرجهما مسلم. وقال سهل: فكانت سنة لمن كان بعدهما، أن يفرق بين المتلاعنين. وقال عمر: المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً.
وأما القول الآخر: فلا يصح؛ لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين؛ ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما، وإنما فرّق النبي ﷺ بينهما بعد تمام اللعان منهما، فالقول بوقوع الفرقة قبله تَحَكُّمٌ يخالف مدلول السنة وفعل النبي ﷺ ولأن لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فإنه إما أيمان على زناها أو شهادة بذلك ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق وإنما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج؛ ولأنه فسخ ثبت بأيمان مختلفين فلم =

= يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ويبطل ما ذكروه بالفسخ بالعيب أو العتق وقول: الزوج اختاري، وأمرك بيدك، أو وهبتك، أو لنفسك وأشباه ذلك كثير إذا ثبت هذا فإن قلنا إن الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً وجوده كعدمه وبهذا قال مالك وقال الشافعي: لا تقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه. وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة وإن فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر فيتعلق الحكم به.

ولنا: أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كأيمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث؛ ولأن الشرع إنما ورد بالتفريق بعد كمال السبب، فلم يجز قبله كسائر الأسباب وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له، ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال: من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الأسباب. فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما؛ لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما.

وروى مالك، عن نافع، عن ابن عمر: أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين. أخرجهما سعيد.

ومتى قلنا إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باقٍ بحاله؛ لأن ما يبطل النكاح لم يوجد، فأشبه ما لو لم يلاعن.

فصل: وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هي طلاق؛ لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله: أنت طالقٌ.

ولنا: أنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً، فكانت فسخاً كفرقة الرضاع؛ ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق، ولا نوى به الطلاق، فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به النكاح؛ ولأنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة. =

= فصل: وذكر بعض أهل العلم: أن الفرقة إنما حصلت باللعان؛ لأن لعنة الله وغضبه قد وقع لأحدهما لتلاعنهما، فإن النبي ﷺ قال عند الخامسة: أنها الموجبة؛ أي: إنها توجب لعنة الله وغضبه، ولا نعلم من هو منهما يقيناً، ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة. وهذا لا يجوز، كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر، ويمكن أن يقال على هذا: لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها، فإن هذا الاحتمال متحققٌ فيه. ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة: وقوع اللعنة والغضب بأحدهما غير معينٍ، فيفضي إلى علو ملعون لغيرٍ أو إلى إمساكه لملعونة مغضوبٍ عليها. ويحتمل: أن سبب الفرقة: النفرة الحاصلة من إساءة كلِّ واحدٍ منهما إلى صاحبه، فإن الرجل إن كان صادقاً فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الأشهاد، وأقامها مقام خزي، وحقق عليها اللعنة والغضب، وقطع نسب ولدها. وإن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة. والمرأة إن كانت صادقةً فقد أكذبته على رؤوس الأشهاد، وأوجبت عليه لعنة الله. وإن كانت كاذبةً فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها وألزمته، الفضيحة وأحوجته إلى هذا المقام المخزي، فحصل لكل واحدٍ نفرة من صاحبه، لما حصل إليه من إساءته، لا يكاد يلتئم لهما معها حالٌ، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما، وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدةٌ؛ ولأنه إن كان كاذباً عليها، فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها مع ما صنع من القبيح إليها. وإن كان صادقاً فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها. ولهذا: قال العجلاني: كذبت عليها إن أمسكتها.

المسألة الثانية: أنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤبداً، فلا تحل له. وإن أكذب نفسه في ظاهر المذهب، ولا خلاف بين أهل العلم في أنه: إذا لم يكذب نفسه لا تحل له إلاّ أن يكون قولاً شاذاً. وأما إذا أكذب نفسه: فالذي رواه الجماعة عن أحمد: أنها لا تحلّ له أيضاً. وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالبٍ، وابن مسعود (رضي الله عنهم): أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً. وبه قال الحسن، وعطاء، وجابر ابن زيد، والنخعي، والزهري، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأبو يوسف. وعن أحمد رواية أخرى: إن أكذب نفسه، حلت له. وعاد فراشه بحاله. وهي روايةٌ شاذةٌ شذّ بها حنبل عن أصحابه. قال أبو بكرٍ: =

الأولى: يعتبر قضاء القاضي.

والثانية: تقع الفرقة بفراغهما من اللعان. واختار الثانية.

قال: ووجْهُها ما روي عن ابن عبّاسٍ: أنه يقع قبل الحكم.

وروي عن عمر أنّه قال: المتلاعنانِ يفرّق بينهما ولا يجتمعان أبداً. رواه سعيد بن منصور[1].

ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبّد، فلا يقف على حكم الحاكم كالرّضاع؛ ولأنّ الفرقة لو لم تحصل إلا بحكم الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه. ويوجب أن الحاكم إذا لم يفرق أن يبقى النكاح مستمراً.

وقوله ﷺ: «لاَ سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا»[2] يدلُّ على هذا، وتفريقه بينهما بمعنى

= لا نعلم أحداً رواها غيره. وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم. فأما مع تفريق الحاكم بينهما، فلا وجه لبقاء النكاح بحاله. وقد ذكرنا: أن مذهب البتي: أن اللعان لا يتعلق به فرقة. وعن سعيد بن المسيب: إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب. وبه قال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن؛ لأن فرقة اللعان عندهما طلاقٌ. وقال سعيد بن جبير: إن أكذب ردت إليه ما دامت في العدة.

ولنا: ما روى سهل بن سعدٍ قال: مضت السنة في المتلاعنين: أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً. رواه الجوزجاني في كتابه بإسناده. وروي مثل هذا عن الزهري، ومالك. ولأنه تحريمٌ لا يرتفع قبل الحدّ والتكذيب، فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع.

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه (١٥٦١) قال: حدثنا أبو معاوية، حدثنا الأعمش، عن إبراهيم قال: قال عمر بن الخطاب: المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً.

ورواه ابن أبي شيبة (١٧٣٦٩) قال: حدثنا حفص، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن عمر قال: المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً.

(٢) رواه عبد الرزاق (١٢٤٥٥) والشافعي في مسنده (١٢٥٤) والإمام أحمد (٢/ ١١) =

إعلامه لهما بحصول الفرقة. انتهى.

ووجه قولنا:

ما روي عن ابن عمر: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لاَعَنَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ، وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا[1].

وعن سهل بن سعدٍ السّاعدي: وَأَلْحَقَ الولدَ بأمّهِ. رواه البخاري[2] وهذا لفظه.

وعند مسلمٍ[3]: أنّ رجلاً لاعنَ امرأته على عهد رسول الله ﷺ ففرّق رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بأمّه.

وفي لفظٍ متّفقٍ عليهِ في خبر[4] المُتَلاَعِنَيْنِ: ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا.

وعن سهل بن سعد السّاعدي: أنّ عويمراً العجلاني أتى رسولَ الله ﷺ فقال: يا رَسُولَ اللهِ! أَرَأَيْتَ رَجُلاً وَجَدَ عِنْدَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً أَيَقْتُلُهُ فَيُقْتَلُ بِهِ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «فَقَدْ نَزَلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ، فَاذْهَبْ فَأْتِ

= وابن أبي شيبة (١٧٣٨٢) والحميدي (٦٧١) والبخاري (٥٠٠٦ و٥٠٣٥) ومسلم (١٤٩٣) وأبو داود (٢٢٥٧) وسعيد بن منصور (١٥٥٦) وأبو يعلى (٥٦٥١) وابن حبان (٤٢٨٧) وابن الجارود (٧٥٣) عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما.

(١) رواه الإمام أحمد (٢/ ١٢ و٥٧ و٧١) والبخاري (٥٠٠٩).

ولفظ البخاري (٥٠٠٩): أن النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة.

(٢) لم أجده عن سهل بن سعد عند البخاري. وهو عند أحمد (٢/ ٦٤) عن ابن عمر.

(٣) (١٤٩٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (في أخير خير).

بِهَا». قال سهل: فَتَلَاعَنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عندَ رسولِ اللهِ ﷺ. فلمّا فرغا قَالَ عُوَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ [٧٢/ أ] إِنْ أَنَا أُمْسِكُهَا. فَطَلَّقَهَا ثَلَاثاً قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ. قال ابن شهاب: وكانت سنّة المتلاعنين. رواه الجماعة(١)، إلاّ الترمذي.

وفي روايةٍ متّفقٍ عليها(٢): فقال النبي ﷺ: «فَذَلِكُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ كُلِّ مُتَلاعِنَيْنِ».

وفي لفظ لأحمد(٣) ومسلم(٤): فَكَانَ فِرَاقُهُ إِيَّاهَا سُنَّةً فِي المُتَلَاعِنَيْنِ.

ورواه أبو داود(٥) بلفظ: فَطَلَّقَهَا ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ [عِنْدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ]، فَأَنْفَذَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ، وَكَانَ مَا صُنِعَ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ سُنَّةً. قَالَ سَهْلٌ: حَضَرْتُ هَذَا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، فَمَضَتِ السُّنَّةُ بَعْدُ فِي المُتَلَاعِنَيْنِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ لا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً.

فدلّت هذه الأحاديث الصّحاح: على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما. وكذا النفاذ طلاقه الثلاث وتقديره على إيقاعه؛ ولأنّها فرقة

(١) رواه أحمد (٥/ ٣٣٤ و٣٣٥ و٣٣٦) والدارمي (٢٢٣٥ و٢٢٣٦) البخاري (٤٩٥٩) ومسلم (١٤٩٢) وأبو داود (٢٢٤٥ و٢٢٤٨ و٢٢٥١) والنسائي (٦/ ١٤٣) وابن ماجه (٢٠٦٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٥).

(٢) رواه البخاري (٥٠٠٣) بلفظ: «ذاك تفريقٌ بين كلّ متلاعنين». ومسلم (١٤٩٢) بلفظ: «ذاكم التّفريق بين كلّ متلاعنين».

(٣) مسند الإمام أحمد (٥/ ٣٣٧).

(٤) صحيح مسلم (١٤٩٢).

(٥) سنن أبي داود (٢٢٥٠).

يختص بسببها بحضرة الحاكم، فوجب أن لا يقع بغير تفريق، أصله فرقة العنة، إلاّ أنها تفارق فرقة العنة في أنّها هنا من حقوق الله، وسببها من حقوق الآدمي وفرقة الآدمي.

والجواب: عمّا استدلّ به الحافظ: أنّ الرواية عن ابن عباس بغير سندٍ.

وقد روى الدارقطني عنه خلافه بسندٍ صحيحٍ.

وإنّ الرواية عن عمر حجة لنا، فإنّها صريحة في عدم الاجتماع بعد التفريق، وإنّ ما نحن فيه يفارق الرضاع في أنّ سببه لا يختص ثبوته بحضرة الحاكم. وأنّ التفريق مع الإصرار حقّ الشرع، فلهذا لا يسوغ تركه إلا إذا كرهاه، وإنّ الاستمرار ممكن إذا كذب فعله، وإنّ حقيقة إحداث فرقٍ إحداث الفرقة لا إظهارها. والأصل في الإطلاق الحقيقة، ولو كان المراد الإظهار لما صحّ قول الراوي الشاهد للقصّة فأنفذه رسول الله ﷺ.

هذا ما تيسر لي في هذه المسألة.

وقال السهيلي في الروض الأنف(١): وعندي: أنّ أبا حنيفة إنما بنى هذه المسألة على مذهبه في طلاق المكره، فإنّ عنده لازمٌ، فإذا أُكره الرّجل على الطّلاق وقلنا يلزم الطّلاق له، فقد [٧٢/ ب] حرّمت المرأة عليه، وإذا حرّمت عليه جاز أن ينكحها من(٢) شاء، فالإثم إنّما يتعلّق في هذه(٣) بالشّهادة دون النّكاح، وقد خالفه فقهاءُ الحجاز في طلاق المكره، وقولهم يعضّده الأثر،

(١) (٢/ ٢٠٨).

(٢) في المخطوط: (متى).

(٣) في الروض: (هذا المذهب).

وقول أبي حنيفة يعضده النّظر. انتهى.

قلت: بل الأثر يعضد قوله.

فقد روى محمد بن الحسن في الأصل، عن إسماعيل بن عيَّاش[1]، عن الغاز بن جبلة[2]، عن صفوان بن عِمْران[3]: أنّ رجلاً كانَ نائماً، فقامت امرأته، فأخذت سكيناً، فجلست على صدره، فقالت: طلقني ثلاثاً أو لأذبحنّك، فناشدها الله، فأبت. فطلّقها ثلاثاً، ثم أتى النبي ﷺ فذكر له ذلك، فقال: **«لاَ قَيْلُولَةَ فِي الطَّلاَقِ»**. رواه العقيلي من هذا الوجه[4].

---

(1) تحرف في المخطوط إلى: (العباس).

(2) تحرف في المخطوط إلى: (الغار بن جعلة). وهو الغاز بن جبلة الجبلاني. قال ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٧/ ٥٨) الترجمة (٣٣٧): قال أبي: هو منكر الحديث، ولا أدري الإنكار منه، أو من صفوان الأصم الذي روى عنه حديثاً في طلاق المكره.
وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف (٤/ ١٧٧٢): وأما غار بالراء، فهو فيما ذكر البخاري غار بن جبلة، حديثه منكر في طلاق المكره، كذا قال البخاري، وقال غيره بالزاي.

(3) قال ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٤/ ٤٢٢) الترجمة (١٨٥١): صفوان بن عمران الأصم الطائي الحمصي، روى عن بعض أصحاب النبي ﷺ حديثاً منكراً في طلاق المكره، روى عنه: الغاز بن جبلة الجبلاني، سمعت أبي يقول ذلك. وسألته عنه؟ فقال: يكتب حديثه، وليس بالقوي. وقال ابن أبي حاتم: روى عن أبي أمامة الباهلي، روى عنه إسماعيل بن عياش.

(4) رواه سعيد بن منصور (١١٣٠) عن صفوان بن عمران الطائي: أن رجلاً كان نائماً مع امرأته، فقامت فأخذت سكيناً، فجلست على صدره، ووضعت السكين على حلقه، وقالت: لتطلقني ثلاثاً ألبتة، وإلا ذبحتك، فناشدها الله، فأبت عليه، =

= فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: **«لا قيلولة في الطلاق»**. و(١١٣١) عن صفوان الأصم يقول: بينا رجل نائم لم يرعه إلا وامرأته جالسة على صدره، واضعة السكين على فؤاده، وهي تقول: لتطلقني أو لأقتلنك، فطلقها، ثم أتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فقال: **«لا قيلولة في الطلاق، ولا قيلولة في الطلاق»**.
وقال العقيلي في الضعفاء الكبير (٢/ ٢١١ ـ ٢١٢) الترجمة (٧٤٥): صفوان الأصم عن بعض أصحاب النبي ﷺ. حدثني آدم بن موسى قال: سمعت البخاري قال: صفوان الأصم، عن بعض أصحاب النبي ﷺ، روى عنه الغاز، ولا يتابع على حديثه، منكر في المكره، وهذا الحديث حدثناه يحيى بن عثمان قال: حدثنا نعيم بن حماد قال: حدثنا بقية، عن الغاز بن جبلة، عن صفوان بن الأصم الطائي، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ: أن رجلاً كان نائماً مع امرأته، فقامت فأخذت سكيناً وجلست على صدره، ووضعت السكين على حلقه، فقالت له: طلقني أو لأذبحنك، فناشدها الله، فأبت، فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: **«فلا قيلولة في الطلاق»**. حدثنا مسعدة بن سعد قال: حدثنا سعيد بن منصور قال: حدثنا إسماعيل ابن عياش قال: حدثني الغاز بن جبلة الجبلاني، عن صفوان بن عمران الطائي، أن رجلاً كان نائماً مع امرأته، فقامت فأخذت سكيناً، فجلست على صدره، فوضعت السكين على حلقه، فقالت: لتطلقني ثلاثاً ألبتة، أو لأذبحنك، فناشدها الله فأبت عليه، فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: **«لا قيلولة في الطلاق»**. حدثنا محمد بن علي قال: حدثنا سعيد بن منصور قال: حدثنا الوليد بن مسلم، عن الغاز ابن جبلة الجبلاني، أنه سمع صفوان بن الأصم يقول: بينا رجل نائمٌ لم يرعه إلا وامرأته جالسة على صدره، واضعة السكين على فؤاده، وهي تقول: لتطلقني أو لأقتلنك، فطلقها ثم أتى رسول الله ﷺ، فذكر ذلك له، فقال: **«لا قيلولة في الطلاق، لا قيلولة في الطلاق، لا قيلولة في الطلاق»**. وقال (٣/ ٤٤١ ـ ٤٤٢) الترجمة (١٤٨٩): غاز بن جبلة الجبلاني في طلاق المكره. حدثني آدم بن موسى قال: سمعت البخاري قال: غاز بن جبلة الجبلاني حديثه منكر في طلاق المكره. وهذا الحديث: حدثناه علي بن عبد العزيز، حدثنا أبو عبيد القاسم بن سلاّم، حدثنا =

ومن طريقٍ آخرَ عن صفوان، عن رجـلٍ من الصّحابة: أنّ رجلاً . . . الحديث.

قال البخاري: غازي حديثه منكر[١] في الطلاق[٢]. وهذا جرحٌ مبهم.

وقد جاء من طريقٍ آخر كما أخرجه العقيلي[٣]، وأخرجه محمّد أيضاً، عن فرج[٤] بن فضالة، عن عمرو بن شرحبيل: أنّ امرأةً كانت مُبْغِضَةً لزوجها، فراودته على الطّلاق، فأبى، فلما رأته نائماً قامت إلى سيفه ووضعته على

= إسماعيل بن عياش، عن الغاز بن جبلة الجبلاني، عن صفوان بن غزوان الطائي: أن رجلاً كان نائماً مع امرأته، فقامت فأخذت سكيناً على صدره، ووضعت السكين على حلقه، وقالت له: طلقني وإلا ذبحتك، فناشدها الله فأبت، فطلقها، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: «لا قيلولة في الطلاق». حدثنا بكر بن سهل، حدثنا عبدالله بن يوسف، حدثنا محمد بن حمير، حدثنا الغاز بن جبلة، حدثنا صفوان الأصم، أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن امرأتي وضعت السكين على بطني، . . . فذكر نحوه.

(١) تحرف في المخطوط إلى: (عادي حديثه منكرا).

(٢) انظره في الكامل لابن عدي (٦/ ٩) والمؤتلف والمختلف للدارقطني (٤/ ١٧٧٢).

(٣) لم أجده في الضعفاء الكبير للعقيلي. ورواه سعيد بن منصور في سننه (١١٢٩) قال: حدثنا فرج بن فضالة قال: حدثني عمر بن شراحيل المعافري قال: كانت امرأة مبغضة لزوجها، فأرادته على الطلاق، فأبى، فجاءت ذات ليلة فلما رأته نائماً، قامت وأخذت سيفه فوضعته على بطنه، ثم حركته برجلها، فقال: ويلك ما لك؟ قالت: والله لتطلقني وإلا أنفذتك به، فطلقها ثلاثاً، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب ﷺ، فأرسل إليها فشتمها فقال: ما حملك على ما صنعت؟ قالت: بغضي إياه، فأمضى طلاقها.

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (فرح).

بطنه، ثم حرّكته برجلها، فاستيقظ. فقالت: لأقتلنّك أو تطلقني، فطلّقها، وأتى عمر فأمضى طلاقه.

وروى عبد الرزاق[١]، عن ابن عمرَ: أنه أجازَ طلاَقَ المُكره.

وروى عن الشعبي[٢] والنخعي[٣] وأبي قلابة[٤] والزهري وقتادة[٥]: أنّهم أجازوه.

وأخرجه ابن أبي شيبة عن الثلاثة الأولين، وابن المسيب[٦].

وأخرجه[٧] عن عمر بن الخطاب: أربعٌ جائزاتٌ عَلَى كُلِّ حالٍ: العِتْقُ، والطَّلاَقُ، والنِّكَاحُ، والنُّذُورُ.

ورواه محمّد في الأصل بلفظ: أربعٌ . . .، وأجاز على من تكلّم بهنّ.

ورواه عنـه، من وجـهٍ آخر بلفـظ: أَرْبَـعٌ مُبْهَمَـاتٌ مُقْفَـلاتٌ[٨] لَيْـس

(١) مصنف عبد الرزاق (١١٤٢١).

(٢) رواه عبد الرزاق (١١٤١٩) وابن أبي شيبة (١٨٠٣٩) وسعيد بن منصور (١١٣٥).

(٣) رواه عبد الرزاق (١١٤١٩) وابن أبي شيبة (١٨٠٤٠ و١٨٠٤١) وسعيد بن منصور (١١٣٤) عن إبراهيم النخعي.

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (قبالة). لم أجده في مصنف عبد الرزاق. ورواه ابن أبي شيبة (١٨٠٤٤).

(٥) رواه عبد الرزاق (١١٤٢٠) عن الزهري وقتادة.

(٦) رواه ابن أبي شيبة (١٨٠٤٢).

(٧) رواه ابن أبي شيبة (١٨٤٠٣) قال: حدثنا أبو معاوية، عن حجاج، عن سليمان بن سحيم، عن سعيد بن المسيب، عن عمر قال: أربع جائزة في كل حال: العتق، والطلاق، والنكاح، والنذر.

(٨) تحرف في المخطوط إلى: (أربع مبهم مفصلات).

فِيهِنَّ رَدِّ يدي: . . .[1].

وما رواه أبو داود[2]، من حديث عائشة: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «لاَ طَلاَقَ

(١) قال السرخسي في المبسوط (٥/ ٣٢): استكثر محمد من الاستدلال بالآثار في أول كتاب الإكراه، حتى روى عن عمر ﷺ قال: أربع مبهمات مقفلات، ليس فيهن رد يد: النكاح، والطلاق، والعتاق، والصدقة. وانظره في فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٤٩٧) وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٥/ ٢٥١).

ورواه سعيد بن منصور في سننه (١٦٠٨) قال: حدثنا حفص بن ميسرة الصنعاني قال: [حدثنا] مسلم بن أبي مريم، عن سعيد بن المسيب قال: قال مروان على منبر النبي ﷺ: أربع ليس فيهن رديداً إلا الوفاء: الطلاق، والعتاق، والنكاح، والنذور. وانظر الأرقام (١٦٠٧ و١٦٠٩ و١٦١٠).

ورواه البيهقي (٢/ ٩) من طريق ابن بكير، حدّثنا مالكٌ، عن يحيى بن سعيدٍ، عن سعيد بن المسيّب أنّه كان يقول: ثلاثٌ ليس فيهنّ لعبٌ: النّكاح، والطّلاق، والعتق.

(٢) رواه الإمام أحمد (٦/ ٢٧٦) والبخاري في التاريخ الكبير (١/ ١٧١ ـ ١٧٢) وابن أبي شيبة (٥/ ٤٩) (١٨٠٣٨) وأبو داود (٢١٩٣) وابن ماجه (٢٠٤٦) وأبو يعلى (٤٤٤٤ و٤٥٧٠) والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٦٥٥) والدارقطني (٤/ ٣٦) والحاكم (٢/ ١٩٨) والبيهقي في السنن (٧/ ٣٥٥ و١٠/ ٦١) ومعرفة السنن والآثار (١٤٨٠٩) من طرق عن محمد بن إسحاق، عن ثور بن يزيد الكلاعي، عن محمد ابن عبيد بن أبي صالح المكي [ضعيف] قال: حججت مع عدي بن عدي الكندي، فبعثني إلى صفية بنت شيبة بن عثمان صاحب الكعبة أسألها عن أشياء سمعتها من عائشة زوج النبي ﷺ.

وقال ابن أبي حاتم في علل الحديث (١٢٩٢): سألت أبي عن حديثٍ رواه محمّد ابن إسحاق، عن ثور بن زيد [كذا في المطبوع] الديلي، عن محمّد بن عبيدٍ، عن صفيّة بنت شيبة، عن عائشة، عن النّبيّ ﷺ، أنّه قال: «لا طلاق ولا عتاق في غلاقٍ». ورواه عطّاف بن خالدٍ قال: حدّثني محمّد بن عبيدٍ، عن عطاءٍ، عن عائشة، عن النّبيّ ﷺ. قلت: أيهما الصّحيح؟ قال: حديث صفية أشبه. قيل لأبي: ما معنى =

وَلاَ عِتَاقَ فِي إِغْلاَقٍ[1]».

واختلف في معناه اختلافاً لا يقوم معه حجة فيما نحن فيه.

وما رواه ابن ماجه[2]، عن ابن عباس: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ».

قال ابن أبي حاتم[3]: قال أبي[4]: هذه الأحاديث منكرةٌ، كأنَّها موضوعةٌ، ولا يصحُّ هذا الحديث، ولا يثبت إسناده.

وكذا ما رواه ابن عدي[5]، من حديث أبي بكرة، قال رسول الله ﷺ:

= قول النّبيّ ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في غلاقٍ»؟ قال: يعني: في استكراهٍ. و(١٣٠٠): سألت أبي عن حديثٍ رواه عطّاف بن خالدٍ، عن أبي صفوان، عن محمّد بن عبيدٍ، عن عطاء بن أبي رباحٍ، عن عائشة، عن النّبيّ ﷺ قال: «لا طلاق ولا عتاق في غلاقٍ». قال أبي: روى هذا الحديث محمّد بن إسحاق، عن ثور بن زيدٍ [كذا في المطبوع]، عن محمّد بن عبيدٍ يعني: ابن أبي صالحٍ، عن صفيّة بنت شيبة، عن عائشة، عن النّبيّ ﷺ. قلت لأبي: أيّهما أشبه؟ قال: أبو صفوان وابن إسحاق جميعاً ضعيفين. قلت لأبي: ما معنى غلاقٍ؟ قال: الإكراه.

(١) أي: في إكراه؛ لأن المكره مغلق عليه في أمره ومضيّق عليه في تصرفه، كما يغلق الباب على أحد. وقال أبو داود بعد إيراده الحديث: الغلاق أظنه في الغضب.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٠٤٥) والطبراني في الأوسط (٨٢٧٣).

وبلفظ مقارب: رواه ابن حبان (٧٢١٩) والدارقطني (٤/ ١٧٠) والطبراني في الكبير (١١٢٧٤) والصغير (٧٦٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٩٥).

(٣) في علل الحديث (١/ ٤٣١) رقم (١٢٩٦).

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (أن).

(٥) الكامل في الضعفاء (٢/ ١٥٠) ولفظه: «رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ، والنسيان، والأمر يكرهون عليه».

«رَفَعَ اللهُ عَنْ هَذِهِ الأُمَّةِ ثَلَاثاً: الْخَطَأُ [٧٣/أ] وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ».

في سنده: جعفر بن جسر[١] بن فرقد، عن أبيه. وفي أبيه مقالٌ.

والمرفوع الحكم الأخروي، ألاَ ترى: أن الحكم الدنيوي لم يرفع في قبل الخطأ، وجعل ذلك فيما يكون بالنسيان تخصيصٌ بلا مخصص، فتمّ أمر هذا الحكم من جميع الوجوه، إلاّ أنّ لي فيه إشكالاً لم أسبق إليه، وهو: أنهم قد اعترفوا بوقوع حرمة الاستمتاع بمجرّد اللعان قبل تفريق حكم الحاكم.

قال في الهداية: فإذا التعَنَا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما.

وقال زفر: يقع بتلاعنهما؛ لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث.

ولنا: أن ثبوت الحرمة يفوّت الإمساك بالمعروف، فلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع، ناب القاضي منابه دفعاً للظلم عنها.

والحديث المشار إليه، هو قوله ﷺ: «المُتَلَاعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَداً»[٢].

قال في النهاية[٣] والغاية: قوله: فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما.

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (حسن).

(٢) في مسند أبي حنيفة رقم (٢٠٣): أخبرنا محمد بن المظفر إجازة، حدثنا أحمد بن علي بن شعيب، حدثنا أحمد بن عبدالله اللجلاج، حدثنا إبراهيم بن الجراح، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة، عن علقمة بن مرثد، عن سعيد بن المسيب، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً».

(٣) النهاية شرح الهداية، للإمام حسام الدين، حسين بن علي، المعروف بالصغناقي الحنفي، المتوفى سنة ٧١٠هـ، وهو أول من شرحه، فرغ منه في شهر ربيع الأول سنة ٧٠٠هـ. كشف الظنون (٢/ ٢٠٢٢).

يفيد: أنّه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا.

وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنهما؛ لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث؛ يعني: قوله ﷺ: «الْمُتَلَاعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَداً».

ففي الاجتماع بعد التلاعن، قبل تفريق الحاكم متوارثان، وهو تنصيصٌ على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن.

ولنا قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ووجه الاستدلال: أنّ ثبوت الحرمة تفوّت الإمساك بالمعروف، فيلزمه التسريح بالإحسان. فإذا امتنع ناب القاضي منابه، منعاً للظلم.

وقال في الغاية: قال في الذخيرة: وحكمه حرمة الاستمتاع إذا فرغا من اللعان من غير حكم القاضي حتّى أن بعد التلاعن لا يحل لأحدهما الاستمتاع بالآخر. والحرمة بقوله ﷺ: «المُتَلَاعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَداً».

وفي إباحة الاستمتاع اجتماعهما فيحرم.

وقال في الاختيار: ولأنّ حرمة الاستمتاع تثبت باللعان. إنّ الغضب واللعن ترك بأحدهما بيقينٍ، وأثره بطلاق النعمة، وحلّ الاستمتاع نعمة، والزوجية نعمة، وحل الاستمتاع أقلهما، فيحرم. وهذه الحرمة [٧٣/ب] جاءت من قبله؛ لأنها بسبب قذفه فقد فوّت عليها الإمساك بالمعروف، فيجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا لم يسرّحها وهو قادرٌ عليه، كان ظالماً فينوب القاضي منابه دفعاً للظّلم.

وقال في الكافي: وعند زفرٍ: تقع الفرقة بينهما، بلعانهما لقوله ﷺ:

«الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً». فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيصٌ على وقوع الفرقة بينهما.

ولنا: أنّه لما ثبت حرمة الاستمتاع بينهما فات الإمساك بالمعروف. ومن لا يمسك امرأته بالمعروف لا تقع الفرقة بنفس الامتناع عن الإمساك بالمعروف بل يجب عليه أن يسرّح، فإذا لم يسرّح ناب القاضي منابه في التسريح؛ لأنه نُصِبَ لدفع الظلم.

وقال في شرح المنظومة: وقوله ﷺ: «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً». محمولٌ على بيان حرمة الاستمتاع دون وقوع الفرقة عملاً بالحديث كأحد الزوجين المجوسيين إذا أسلم ثبتت حرمة الاستمتاع في الحال، ولا تقع الفرقة ما لم يطلقها أو يفرق القاضي بينهما. وحين اعترفوا بثبوت الحرمة قبل التفريق بطل تمسكهم بالحديث في أنّ القضاء يثبت الحرمة، وإذا بطل تمسكهم بهذا الحديث، يقال: ما ذكره في مقابلة الحديث الصحيح، إذ الموقوف لا يعارض المرفوع، وتجديد النكاح احتياطي لا لزومي، فجاز أن يولهم الإمام ما تولوا، ولو نفذ الحكم ظاهراً وباطناً، أو ثبت عقد مفيد للحل اقتضاءً، صارَ كأنّ الشارع أثبته، لم يكن قطعة من النّار.

وقولكم: إنّه خاص بالأحكام المرسلة.

قلنا: كان ذلك للجمع والتوفيق بينه وبين أحاديث اللعان.

أمّا إذا بطل تمسككم بأحاديث اللعان بقي عموم الأحاديث في جميع الحقوق على ما كان عليه.

وقولكم: إنه ورد في الميراث إلخ.

قلنا: العبرة لعموم اللفظ وإطلاقه لا لخصوص السبب وحله بالخروج

عن التقليد والنظر في الأدلة على وجه التحقيق، وذلك: جعل القول بالحرمة المذكورة مذهب محمد بن الحسن.

فإنه ذكر في النسفي عنه، فأحلّه.

قال ذلك على أصله من أنّ القضاء [٧٤/أ] لا يحلّ ولا يحرم. وإن كانت الفرقة تتوقف عليه كما تقدم.

وإنّ أبا حنيفة لا يقوله.

ومن تأمّل قول أبي حنيفة في باب الرجوع عن الشهادة من كتاب الأصل، علمَ أنّه إنما يضيف الحل والحرمة للقضاء. وهو صريح عبارة الطحاوي، وقد نسب ذلك إلى أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ففي الكلام على ادعاء أن دليل الحرمة. الحديث المذكور.

فنقول: لا سبيل إلى الثلاثة إلى القول بنفي الاجتماع الحكمي مطلقاً بعد التلاعن.

قيل: الحكم لقولهم ببقاء الزوجية حتى اتفقوا على جواز ظهاره[1] . . .[2] وطلاقه وجريان التوارث بعد اللعان قبل الحكم للأحاديث الدّالة على بقاء الزوجية. والحلّ حكم من أحكام الزوجية مطلقاً، فينفى بنفيها حتى يقوم دليل على بقائها بدونه.

وما ذكروا من الحديث مقتضاه نفي الاجتماع مطلقاً، ولم يعملوا به.

فإن قيل في إثبات الحرمة المذكورة، عمل به من وجه. قلنا في حمله على

(١) في المخطوط: (طهارة).

(٢) يوجد في المخطوط فراغ بمقدار كلمتين.

بيان حكم البقاء عمل به من كل وجهٍ. كيف وقد روي كذلك.

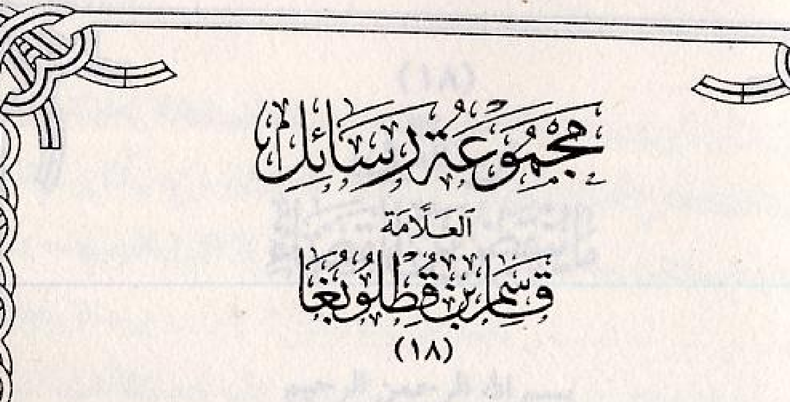
فأخرجه الدّارقطني[(١)]، عن [ابن] عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: «الْمُتَلَاعِنَانِ إِذَا تَفَرَّقَا لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا». وإسنادهُ لا بأس به.

والعائب باللعان: أسباب المودة وحسن العشرة. وحينئذٍ يفوت الإمساك بالمعروف. فينوب القاضي منابه في التسريح بالإحسان، وإن لم تثبت حرمته قبل ذلك.

هذا ما سنح في هذا المقام. والله ولي التوفيق. والحمد لله وحده.

□ □ □

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٢٧٦) قال: حدثنا محمد بن أحمد بن الحسن، حدثنا محمد ابن عثمان، حدثنا فروة بن أبي المغراء، حدثنا أبو معاوية، عن محمد بن زيد، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً».



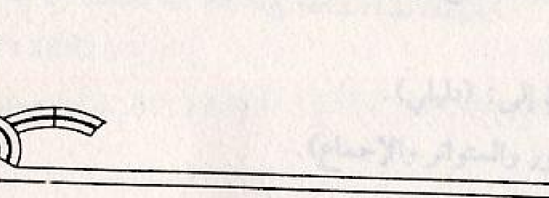
[رسالة في] ما ينقض من القضاء

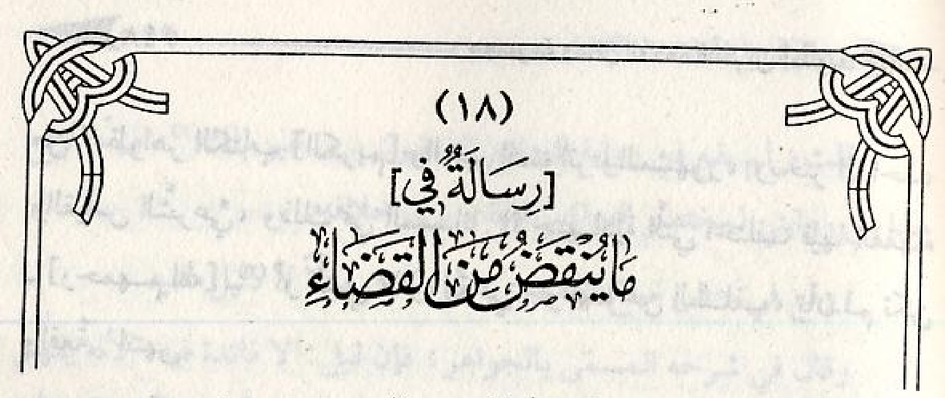
تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى





(١٨)

[رِسالةٌ في] ما يُنقضُ من القضاءِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمّدٍ، وآله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الفقير إلى رحمة ربه الغني قاسم الحنفي يقول:

قد أدّى نظر شيخنا العلامة كمال الدين فيما كتبته على الهداية إلى أنه لا ينقض حكم الحاكم لاقتضائه على ما اقتصر عليه البعض في الكلام من المسائل ببسط الكلام يظهر المرام.

فأقول: قال في البدائع[١] في شروط القضاء:

منها: أن يكون بحقٍّ، وهو الثّابت عند الله من حكم الحادثة:

إمّا قطعاً؛ بأن قام عليه دليلٌ[٢] قطعيٌّ، وهو النّصُّ المفسَّر من الكتاب [الكريم]، أو الخبر المتواتر أو المشهور أو الإجماعُ[٣].

وإمّا ظاهراً؛ بأن قام عليه دليلٌ ظاهرٌ، يوجبُ علم غالب [٧٤/ ب] الرّأي، وأكثر الظّنِّ، ....

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٤/ ٤١٤). وانظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٧/ ٣٠٣).

(٢) تحرف في المخطوط إلى: (دليلي).

(٣) في البدائع: (المشهور والمتواتر والإجماع).

من[1] ظواهر الكتاب [الكريم] والخبر المتواتر والمشهور، وبخبر الواحد، والقياس الشَّرعيِّ، وذلك في المسائل الاجتهاديَّة الَّتي اختلف فيها الفقهاء ـ [رحمهم الله] ـ[2] أو الَّتي لا رواية في جوابها عن السَّلف، بأن لم تكن واقعةً. انتهى.

ولمّا كان هذا شأن عامّة الأحكام، وخلافه نادرٌ، أطلق الإمام أبو حنيفة القول بالإمضاء بناءً على الأعمّ الأغلب.

فقال في رواية الجامع الصغير[3]: محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة قال: ما اختلف فيه الفقهاء يقضي بها قاضٍ، ثم جاء قاضٍ آخر أمضاه. ويدل على أنّه أراد ما هو الحق في نظره، لا كل ما يقضي به القاضي.

قوله: في جميع كلام الإمام: وإذا رفع قضاء قاضي بعد موته أو عزله إلى قاضٍ آخر يرى خلاف رأيه، فإن كان يختلف فيه الفقهاء أمضاه، وإن كان خطأً لا يختلف فيه الفقهاء أبطله.

ثم جاء من جمع بين الأصل وما فيه الاستثناء وهو صاحب الهداية.

فقال: وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكمٍ أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليلاً عليه.

وفي الجامع الصغير[4]: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه. انتهى.

(١) تحرف في المخطوط إلى: (وهو).
(٢) أقحم في المخطوط: (أو التي اختلف فيها الفقهاء).
(٣) (١/ ٣٩٩).
(٤) الجامع الصغير (١/ ٣٩٩).

قلت: لم يقع في رواية الجامع الصغير: يرى غير ذلك[1]. وإنّما وقع هذا في روايتي لمختصر الحاكم بلفظ: يرى خلافه.

ووقع في بعض نسخ القدوري: أو يكون قولاً لا دليل عليه.

وقال في شرحه المسمّى بالجواهر: فإن قيل: لا فائدة فيه؛ لأنه يفهم من قوله: أو الإجماع. وأجاب بأنّ قوله: لا دليل عليه أعمّ. لأنه يمكن أن يكون القول ليس فيه نصٌّ. ويحكى عليه الإجماع، لكنه يدلّ عليه القياس الصحيح. ويكون هذا القول لا يدل القياس على صحته. فيكون مخالفاً للقاضي. كما قيل في المعتوه. رد خاطرٍ حين وقّت.

قلت: عربية في خاطرتي، هكذا كان.

وفي لغتهم: تقديم وتأخير.

فتقديره [٧٥/ أ]: كان هكذا في خاطري.

وهذا أراد أبو العباس بن إدريس في بيان سبب نقض الحكم بقوله: ومتى لم يكن هنا معارضٌ بل عدم بالكلية، بأن يكون الاجتهاد متوهماً، وليس بواقعٍ في نفس الأمر. والله أعلم.

قال شيخنا[2]: قالوا: إنّما أعاده ـ يعني: لفظ الجامع ـ؛ لأنّ في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري:

(١) بل نقلها ابن الهمام في فتح القدير كما هي عن الجامع الصغير (١٦/ ٤١٥ و٤١٦) وصاحب العناية شرح الهداية (١٠/ ٢٧٦ و٢٧٧) وصاحب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٢/ ١٠٦) والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٧/ ٤٧٠ و٤٧٨) ورد المحتار (٢١/ ٤١٠).
(٢) يعني ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤١٦ ـ ٤١٧).

إحداهما: تقييده بالفقهاء، أفاد أنَّه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ.

وقال شمس الأئمَّة: وهو ظاهر المذهب، لا ينفذ على قول الأكثر.

[والثَّانية: التَّقييد بكون القاضي يرى غير ذلك، فإنَّ القدوري لم يتعرَّض لهذا فيحتمل أن يكون مـراده أنَّـه إذا كان رأيُـه في ذلك موافقاً لحكم الأوَّل أمضاه، وإن كان مخالفاً له لا يمضيه، فأبانت رواية الجامع أنَّ الإمضاء عامٌّ فيما سوى المستثنيات سواءٌ كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً: يعني بالطَّريق الأولى][1]، ولا يخفى أنَّه لا دلالة في عبارة الجامع [على] كونه عالماً بالخلاف، وإنَّما مفاده أنَّ ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر فقضى القاضِي بذلك الَّذي اختـلف فيه عالماً بأَنَّه مختلفٌ فيه، أو غير عالمٍ، فإنَّه أعمُّ من كونه عالماً، ثم جاء قاضٍ [آخر] يرى خلاف ذلك الَّذي حكم به هذا أمضاه فربَّما يفيد أنَّ الثَّاني عالمٌ بالخلاف، وليس الكلام فيه فإنَّ هذا يرى اختلاف ذلك الذي حكم به، فإنَّ هذا هو المنفِّذ، والكلام في القاضي الأوَّل الَّذي ينفِّذ هذا الآخر حكمه، وليس فيه دليلٌ على أنَّه كان عالماً بالخلاف بطريقٍ [من طرق الدَّلالة.

نعم في الجامع التَّنصيص على أنَّه ينفِّذه وإن كان خلاف رأيه، وكلام القدوريِّ][2] يفيـده أيضاً، فإنَّه قال: إذا رفع إليه حكم الحاكم أمضاه، وهو أعمُّ ينتظم ما إذا كان موافقاً لرأيـه أو مخالفاً، وإنَّما[3] في الجـامع الصَّغير النُّصوصيَّة[4] عليه إذا كان مخالفاً. انتهى.

---

(١) ما بين معكوفتين: من فتح القدير.

(٢) ما بين معكوفتين: من فتح القدير.

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (قائما).

(٤) في المخطوط: (المنصوص).

قلت: هذا صحيحٌ وهو بناء على ما وقع لصاحب الهداية من لفظ الجامع، لكن ما ذكر من الفائـدة وهي أنّ القاضي إن لم يكن عالماً بالخـلاف لا ينفذ قضـاؤه. غير ظاهر الوجه. ومشكلٌ على الموجودين من قضاة العصر حتّى أدّى إلى كذب المسجلين، واستعمل ظاهره بعض القضاة في ما له فيه غرضٌ.

فقال: قد قالوا: إنّ القاضي إذا قصد المتفق عليه فوافق قضاءه المختلف فيه لا ينفذ، وإذا شـاء قال في رواية: ينفذ فقرأت في كتاب مشتري بستان بفم الجوز. كان قد وقفه زين الدين الأستادار[1] في حال أمر به، ثم صودر فأقر بدينٍ لبيت المال، وأراد بيعه، وشهد عليه فلانٌ القاضي أنه حال حكمه بالوقف كان يظن المتفق عليه. وهو: أنّ هذا وقف موسرٍ ليس عليه دينٌ [٧٥/ ب]، ثم تبيّن أنه وقع في المختلف، وهو: أنه وقف مديون فلم ينفذ حكمه . . . إلخ.

وعندما أراده أن يرجع ابنة محمد بن إينال إلى زوجها أحمد بن أزدمر[2]، وكان طلقها طلقتين صريحتين وخالعها مرّة. وحكم القاضي نور الدين البرقي بالحرمة الغليظة.

قالوا: ظنّ المتفق عليه، وهو: أنّهُ طلّقها ثلاثاً، ولم يعلم بالخلع. فوقع في المختلف، وهو: أن إحداهما خلع، وهو فسخٌ عند أحمد، وهم لذلك في خبط عشواء، لا يعلمون مبنى المسألة.

وسؤال الأصحاب: أن القاضي المجتهد إذا قضى في فصل مجتهدٍ فيه

---

(١) انظر المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي (١/ ٣١٦ و٣٧).

(٢) قال ابن حجر في إنباء الغمر بأبناء العمر (١/ ٣٦): أحمد بن أزدمر الجمالي، أحد أمراء طرابلس، كان ذا كرم ومروءة، وهو ابن أخي العلائي، أسمعه عمّ أبيه صلاح الدين العلائي على فاطمة بنت العز مشيخة أبي مسهر، ومات في ذي القعدة.

في نفس الأمر ولكنه لم يعلم أنه مجتهد فيه، وإنما قصد على وجه الإجماع، فوافق قضاؤه خلاف رأيه المعروف. هل ينفذ قضاؤه ويكون هذا بمنزل تبدل رأيه حتى لا يبطله أم لا؟.

فدلّ فرع من فروع الكتاب على النفاذ، فجعل رواية.

ودلت فروعٌ أخر على عدم النفاذ. وهذا كما ترى ليس بما نحن فيه، فإنّ كلامنا في هذه القضايا في قضاء مقلّدٍ قضى بقول إمامه من غير علمٍ بما حدث في المسألة، مما فيه خلافٌ. وهذا نافذٌ بالاتفاق. وجَعْلُه من ذلك الباب غلط فاحش، وإنما أتلو عليك عبارات العلماء لتعلم حقيقة ما قلت.

فأقول:

قال الإمام ظهير الدين: وإن قضى القاضي في فصل مجتهدٍ فيه وهو لا يعلم أنه مجتهدٌ فيه، وإنّما قصد القضاء على وجه الإجماع. هل ينفذ قضاؤه؟.

ذكر في كتاب الإكراه: أنه ينفذ. وذكر في الرجوع عن الشهادات: أنه لو قضى بشهادة المحدودين في قذفٍ وهو لا يعلم أنّهما محدودانِ في قذفٍ، ثم علمَ، يردّ القضاء، ويأخذ المال من المقضي له.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الرجوع عن الشهادات[1]: أنه إنما ينفذ إذا صدر عن اجتهادٍ. وأمّا إذا لم يكن عن اجتهادٍ فلا ينفذ.

وذكر الخصّاف: أنه ينفذ على كلّ حالٍ. انتهى فيما ذكره في الإكراه.

وهو قوله في باب اللعان: يقضي به القاضي، ثم تبين أنه كان باطلاً.

وإذا ادّعت امرأة على زوجها قذفاً، وجحده الزوج، فأقامت البيّنةَ عليه بذلك.

(١) المبسوط (٦/ ٣٩٠).

وذكرا في السر والعلانية وأمر [٧٦/أ] القاضي الزوج أن يلاعنها، فأبى أن يفعل وقال: لم أقذفها وشهدوا عليه بالزور. فإنّ القاضي يجبره على اللعان ويحبسه حتى يلاعن أو يهدده بالحبس حتى يلاعن. فقال: أشهد بالله أني لمن الصّادقين فيما رميتها به من الزنا، ثم شهدت المرأة أيضاً كما عليها. وفرّق القاضي بينهما، ثم اطّلع القاضي على الشهود عبيداً أو محدودين في القذف، أو بطلت شهادتهم بوجهٍ من الوجوه. فإنّ القاضي يبطل اللعان الذي بينهما ويردّ المرأة إليه؛ لأنّ إقراره عليها بالزنا في اللعان كان بإكراهٍ من القاضي. ولو لم يحبسه القاضي حتى يلاعنَ ولم يهدده بحبسٍ. ولكن قال له: قد شهدوا عليك بالقذف فقضيت عليك باللعان فالتَعِن[1] ولم يزده على ذلك، والْتَعَنَ كما وصفته. وفرّق القاضي بينهما، ثم تبين: أنّ الشهود كانوا عبيداً، فأبطل شهادتهم، فإنه يمضي اللعان والفرقة بينهما؛ لأنّه أقر بالقذف بغير إكراهٍ. انتهى.

قلت: قال شمس الأئمة: الفتوى على عدم النفاذ. وأشار إلى أنّ هذا غير ظاهر المذهب. والله أعلم.

وما ذكره في الرّجوع عن الشهادة ذاك هو قوله في آخر أبوابها:

وإذا شهد محدودان في قذف[2] شهادةً ولم يعلم بذلك القاضي حتى [قضى] بشهادتهما، ثم علمَ بذلك وليس من رأيه إمضاؤه، فإنه يرد القضاء ويرتجع[3] المال من المقضي له.

(١) في المخطوط: فالتعنت.
(٢) في المبسوط: (بقذف).
(٣) في المبسوط: (ويأخذ).

وكذلك لو علم أنهما عبدان أو كافران [أو أعميان] ردّ القضاء وأخذ المال من المقضي له في ذلك كله[1].

قلت: قال شمس الأئمة السرخسي: إن هـذا هو ظاهر المـذهب، والفتوى عليه. والله أعلم.

وقال الصّدر حسام الدين في فتاواه: إذا قضى في فصلٍ مجتهدٍ فيه، وهو لا يعلم بذلك، لا ينفذ؛ فإنّه ذكر في السِّير الكبير: رجلٌ مات وله مدبَّرون حتَّى عتقوا، ثم جاء رجلٌ وأثبت ديناً على الميت، فباعهم القاضي على ظنٍّ أنّهم عبيدٌ، وقضى بجوازه، ثم ظهر أنَّهم مدبَّرون، كان قضاؤه بذلك باطلاً[2].

قال[3]: والاستدلال بمسألة السير لا يستقيم؛ لأنّ عدم النفاذ ما كان لعدم العلم بكون الفصل مجتهداً [فيه]، وإنما كان؛ لأنّ البيع صادفَ الأحرار؛ لأنَّهم عتقوا بموته، أكثر ما في الباب أنه يجب [٧٦/ ب] عليهم السعاية، لكن ذلك لا يمنع وقوع العتق.

قال مولانا: وفي الطعن كلامٌ، فإنّ المذكور في باب من العبد الذي يرجع إلى أهله في السير الكبير[4]: من مات وله رقيق، وعليه دين كثير، فباع القاضي رقيقه، وقضى دينه، ثم قامت البيّـنة لبعضهم: أنَّ مولاه كان دبَّره، فإنَّ بيع القاضي فيه يكون باطلاً، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره، واجتهد وأبطل تدبيره

(١) المبسوط (٦/ ٣٩٠).
(٢) مرّ في هذا المجموع.
(٣) أي: حسام الدين الشهيد.
(٤) مرّ في هذا المجموع.

لكونه[1] وصيَّةً وباعهُ في الدَّين، ثم ولِّي قاضٍ آخر يرى ذلك خطأً، فإنَّه ينفذ قضاءُ الأوّل. وإن كان الثاني لا يعلم: أنّ الأوّل فعله عن اجتهادٍ، أو لأنه لم يعلم حقيقة الحال، فإنه ينفذ قضاؤه أيضاً؛ لأنّ تحسين الظّن بالقاضي واجبٌ، وقضاؤهُ محمولٌ على الصّحة ما أمكنَ. فيحمل على أنّه قضى بعد العلم عن اجتهـاد، فقد نصّ على: أنّ امتناع النفاذ بعد العلم وبعد القضاء عند العلم أو احتمال العلم، دلّ على أنّ الاستدلال صحيح. والله أعلم.

قلت: فعن هذا قال شمس الأئمة: إنّه إنما ينفّذ إذا صدر عن اجتهادٍ، أمّا إذا لم يكن يصدر عن اجتهادٍ لا ينفذ، كما قدمته عنه. والله أعلم.

ومن الغباوة: جعل هذا في نواب الحكم في هذا الزمان.

رجعنا إلى ما في شرح الهداية.

قال شيخنا[2]: قوله: إلاّ أن يخالف . . . إلخ. حاصله: بيان شرط جواز الاجتهاد، ومنه يعلم كون المحلّ مجتهداً فيه حتّى تجوز[3] مخالفته أو لا، فشرطُ[4] حلِّ الاجتهاد: أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السُّنَّة ـ يعني: المشهورة ـ مثل: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[5].

(١) في المخطوط: (لأنه).
(٢) يعني: ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤١٧).
(٣) في المخطوط: (يجوز).
(٤) في المخطوط: (شرط).
(٥) رواه الترمذي (١٣٤١) عن عبدالله بن عمرو بن العاص ﷺ. وقال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيدالله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره.

قلت: لم يذكر. وإنّما ذكر لبيان سبب بعض الحكم ومحلّه. فاللائق الحمل على هذا.

ولهذا: قال الإمام الخصّاف: قالوا: سعى للقاضي أن ينفّذ قضايا القضاة التي ترفع إليه، ويحكم بها، إلاّ أن تكون القضية جوازاً أو يكون على خلاف الكتاب أو السنة أو خلاف إجماع الأمة، فإن كان هذا فلا ينفذها، ولا يحكم بها، وكذلك إن كان القاضي الذي قضى بهذه القضية فاسقاً في نفسه أو محدوداً في قذفٍ أو من لا يجوز شهادته لو شهد. فإنّ قضيّة هذا إذا رفعت إلى هذا القاضي لا ينبغي له أن [٧٧/أ] ينفذها ولا يحكم بها.

وقال في آخر الباب: وكل ما قضى به قاضٍ مما يخالف فيه الكتاب والسنة فرفع إلى قاضٍ آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذه ويحكم به، وإن كان خلاف الكتاب والسنة أبطله. ليس ينفذ قضاء قاضٍ خالف الكتاب والسنة بحديثٍ شاذٍّ أو خاصٍّ حتى يأتي به العامة، فإذا كان معروفاً في أيدي العامة، عن رسول الله ﷺ، فهو ناسخ بقول الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [الحشر: ٧]. وإن يرى بعده شيء. فالتنزيل ناسخٌ. فالآخر من هذين الأمرين ناسخٌ للأوّل. انتهى.

فاستفدنا منه: أنّ ما فيه معارضٌ ظاهر رجَحانه. فالمرجوح ينقض. وإليه أشار أبو العباس بن إدريس في سبب النقض فقال: أو يكون ثم معارضٌ مرجوح في حديث مضطرب الإسناد ونحوه، فإنه لا يفند به، وينقض ذلك الحكم لوقوعه على خلاف العارض الراجح. انتهى.

قلت: وقوله: وكذلك إذا كان القاضي فاسقاً، هو اختياره واختيار الطحاوي أيضاً؛ لأنّ عندهما: الفاسق لا يصير قاضياً، فَلاَ ينفذ قضاؤه، وعامّة

المشايخ: على أنّ الفاسق يصلح أن يكون قاضياً، فإذا قضى ينفذ قضاؤه، لكن لقاضٍ آخر أن يبطله إذا رأى ذلك حسناً. ولو أبطله قاضٍ آخرَ ثم رفع إلى ثالثٍ ليس للثالث أن ينفذه.

قال شيخنا[1]: فلو قضى بشاهدٍ ويمينٍ لا ينفذ، ويتوقّف على إمضاء قاضٍ آخر. ذكره في أقضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً.

قلت: قال الخصّاف: ولو أنّ قاضياً قضى بشاهدٍ ويمينٍ، فإنّ هذا مما لا ينبغي لهذا القاضي أن ينفذه من قبل أن الشاهد واليمين خلاف القرآن.

وقال في الينابيع: قال محمّد: أفسخ[2] حكم الحاكم بشاهدٍ ويمينٍ.

وقال أبو يوسف: لا أفسخ ذلك.

وقول محمد أظهر. انتهى.

قال شيخنا[3]: ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده، أو ما يكون مدلولُ لفظه ولم[4] يثبت نسخه ولا تأويله بدليلٍ مجمعٍ عليه.

فالأوّل: مثل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية، حتّى لو [٧٧/ب] قضى قاضٍ بحلّ أمّ امرأته كان باطلاً لا ينفذ.

والثّاني: مثل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، فلا ينفذ الحكم بحلّ متروك التّسمية عمداً، وهذا لا ينضبطُ، فإنَّ النّصَّ قد يكون

---

(١) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤١٧).

(٢) في المخطوط: (الفسخ).

(٣) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤١٧ ـ ٤١٨).

(٤) في المخطوط: (لم).

مؤوّلاً فيخرج عن ظاهره، فإذا منعناه يجاب بأنَّه مؤوّلٌ بالمذبوح للأصنام(١) أيَّام الجاهليَّة، فيقع الخلاف في أنَّه مؤوّلٌ أو ليس بمؤوّلٍ(٢)، فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنَّه غير مؤوّلٍ قاضياً على غيره بمنع(٣) الاجتهاد فيه.

نعم، قد يترجَّح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التَّأويل، فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنَّه ممَّا يسوغ فيه الاجتهاد أو لا، ولذا نمنعُ نحن(٤) نفاذ القضاء ببعض(٥) الأشياء، ويجيزونه وبالعكس(٦).

ولقد نقل الخلاف [في الحلّ] عندنا أيضاً، وإن كان كثير لم يحكوا الخلاف.

ففي الخلاصة في رابع جنسٍ من الفصل الرَّابع من أدب القاضي [قال]: وأمَّا القضاء بحلِّ متروك التَّسمية عمداً فجائزٌ عندنا(٧)، وعند أبي يوسف لا يجوز. انتهى.

قلت: إما جاء عدم الانضباط من تغيره المراد بالكتاب. والذي يدل عليه عبارات الأصحاب: أنّه النصُّ المفسر.

فالظَّاهر كما قدّمته في دليل الحق، وفي البدائع أيضاً. حتى لو قضى

(١) في فتح القدير: (للأنصاب).
(٢) في المخطوط: (مؤول).
(٣) في المخطوط: (يمنع).
(٤) في المخطوط: (وكذا يمنع عن).
(٥) في فتح القدير: (في بعض).
(٦) في المخطوط: (ويجزؤنه بالعكس).
(٧) في فتح القدير: (عندهما).

بما قال الدليل القطعي على خلافه لم يجز؛ لأنه قضى بالباطل قطعاً، وكذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نصٌّ ظاهرٌ بخلافه من الكتاب أو السنة، لم يجز قضاؤه؛ لأنّ القياس في مقابلة النص باطلٌ سواء كان النص قاطعاً أو ظاهراً، ولم لا يقولون: إنّ كل ما فيه خلاف لظاهر نصٌّ لا يكون محلاً للاجتهاد فيما فيه نص بخلافه، إذ لولاه سوّغ فيه الاجتهاد، وإنما يقولون ذلك فيما لم يختلف فيه الصحابة ومن معهم؛ لأنهم يروه مخالفاً للإجماع، وما عداه. فيقال فيه: ما استفيد من عبارة الخصّاف.

وصرّح ابن إدريس: من أنه معارضٌ مرجوح، فلا يعتد به.

هذا حاصل معاني عباراتي. والله أعلم.

وما نقل في الخلاصة: منقولٌ في غيرها، لكن اعتمد في شرح المختلف قول أبي يوسف. وجزم [٧٨/أ] به في الينابيع. والله أعلم.

قال شيخنا(١): ثم(٢) قال المصنِّف: المعتبرُ الاختلاف في الصَّدر الأوَّل ـ يعني: أن يكون المحلُّ محلَّ اجتهادٍ ـ يتحقَّق الخلاف فيه بين(٣) الصَّحابة. وقد يحتمل بعض العبارات ضمَّ التَّابعين. انتهى.

قلت: الظَّاهر: أنه عين في المعتبر هذا في كونه غير مخالفٍ للإجماع كما سيأتي. وهذا إذا لم يبرهن على ذلك، وغير المخالف للإجماع، وإن كان في محل الاجتهاد، ولكنه لم يذكروه لذلك. وبتقدير ما ذكر الشيخ ـ رحمه

(١) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤١٩).
(٢) في المخطوط: (لم).
(٣) في المخطوط: (من).

الله ـ: فالمراد: محل فيه ظاهر نص لا المحل مطلقاً، فإنه قد تقدم منه بيانه بقوله: ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكره. يعني: الكتاب والسنة والإجماع. ألا ترى إلى قول الخصاف: ولو أنّ قاضياً قضى بشاهدٍ ويمينٍ، أو يقبل بقسامةٍ أو بيعِ أمّ ولدٍ، ثم رجع إلى قاضٍ آخرَ، فإنّ هذا مما لا ينبغي لهذا القاضي أن ينفذه من قبل الشاهد واليمين، خلاف المقر[1] وأم الولد ترك بيعها بما عليه جماعة من المسلمين.

وأمّا القسامة: فإنما هو قضاء بقوله: لم يختلف أصحاب رسول الله ﷺ في ذلك.

وقول الإمام أبي المعالي في شرح أدب القاضي: أمّا الأوّل، فلأنّ القضاء مخالفٌ الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. الآية.

شرع فصل القضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، فكان الفصل من القضاء بشاهدٍ ويمينٍ مخالفاً للكتاب. والحديث فيه شاذّ، لا يجوز العمل به على مخالفة كتاب الله تعالى، فلم يعتبر الخلاف فيه بيننا وبين الشافعي، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة ومن تبعهم، وليس يقضي أحدٌ من المتقدمين بشاهدٍ ويمين الآخر. والثاني: الحكم وفعله مما لا يوجد به، فلا يكون هذا مجتهداً فيه.

وأمّا الثاني: وهو القتل بالقسامة. يريد به: أنّ القتيل إذا وجد في محلّةٍ وبينه وبين أحدٍ من أهل المحلّة عداوةٌ ظاهرةٌ والعهد قريب [٧٨/ ب] من حين

(١) في المخطوط: (المقران).

دخوله في المحلّة إلى أن وجد قتيلاً، فعين ولي القتيل من المحلّة رجلين، أنّهما قتلاه، ويحلف على ذلك.

وعند مالك والشافعي في القديم: يقضي القاضي له بالقود.

وعندنا: لا. فإذا قضى به، ثم يرفع إلى آخر ينقضه؛ لأنّ هذا يخالف الإجماع لهما، أنّ مالكاً لم يكن موجوداً في الصّحابة، فلا يكون قوله معتبراً.

والدليل عليه: أنّ أوّل من قضى بالقود في القسامة معاوية، فلم يكن مختلفاً بين الصّحابة، وكان القضاء مخالفاً لإجماع الأصحاب، فكان للثاني أن ينقضه.

وقول صاحب المحيط[1]: قضايا القضاة التي ترفع إلى القاضي على أربعة أوجهٍ:

أمّا إن كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع.

أو كان في محل الاجتهاد.

(١) قال صاحب رد المحتار (١٨/ ١٦٩): مطلبٌ قضايا القضاة على ثلاثة أقسام قال في جامع الفصولين: قضايا القضاة على ثلاثة أقسام:

الأوّل: حكمه بخلاف نصٍّ وإجماعٍ وهذا باطلٌ، فلكلٍّ من القضاة نقضه إذا رفع إليه، وليس لأحدٍ أن يجيزه.

الثاني: حكمه فيما اختلف فيه وهو ينفذ وليس لأحدٍ نقضه.

والثالث: حكمه لشيءٍ يتعيّن فيه الخلاف بعد الحكم فيه.؛ أي: يكون الخلاف في نفس الحكم، فقيل: نفذ. وقيل: توقّف على إمضاءٍ آخر، فلو أمضاه يصير كالقاضي الثّاني إذا حكم في مختلفٍ فيه فليس للثاني نقضه، فلو أبطله الثّاني بطل، وليس لأحدٍ أن يجيزه. اهـ.

أو كان في محلٍّ فيه قول مجهولٍ.

أو كان نفس القضيـة مختلفاً فيها، بأن كان مخالفـاً للكتاب أو السنّة أو الإجماع.

فالقاضي المرفوع إليـه ينقضها، ولا ينفذها؛ لأنـه متى خـالف النص أو الإجماع كان باطلاً وضلالاً.

مثاله: ما لو أن قاضياً قضى بشاهدٍ ويمينٍ، أو بقتل بقسامة، ثم ساق مثله سـواء. وكذا في الذخيرة وغيرها، فلم يذكر الأصحاب اعتبار اختلاف الصّدر الأوّل إلا في هذا المحل. والله أعلم.

قال شيخنا[1]: وبنـاءً على اشتراط كون الخـلاف في الصّـدر الأوّل من[2] كون المحلِّ اجتهادياً.

قال بعضهم: إنَّ للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكيُّ والشّافعيُّ برأيه، يعني: إنّما يلزم إذا كان قولُ مالكٍ أو الشّافعيّ وافق قول بعض الصّحابة أو التّابعين المُختلفين، فلا ينقض باعتبار أنّه مختلفٌ بين الصّدر الأوّل لا باعتبار أنّه قول مالكٍ والشّافعيِّ، فلو لم يكن فيها قول الصّدر الأوّل بل الخلاف مقتضبٌ فيها بين الإمامين للقاضي أن يبطله إذا خالف رأيهُ.

[وعندي]: أنَّ هذا لا يعوّل عليه، فإن صحَّ أنَّ مالكاً والشّافعيَّ وأبا حنيفة مجتهدون، فلا شكَّ في كون المحلِّ اجتهادياً، وإلاَّ فلا، ولا شكَّ أنّهم أهلُ اجتهادٍ ورفعةٍ. انتهى.

---

(١) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤١٩ ـ ٤٢٠).

(٢) في فتح القدير: (في).

قلت: يعني برأيه في مخالفة ظاهر نصٍّ لا مطلقاً كما بينته، وكما سيأتي عن بيان المراد في قول هذا [٧٩/ أ] البعض المشار إليه. يعني: إنما يلزم إلخ.

قلت: ظاهر صنيعهم خلاف هذا. وهو: أنه إذا اختلفوا، فمال اجتهاد مجتهدٍ بعدهم[1] إلى قول أحدهم، فقضى القاضي بذلك، ثم رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر يرى خلافه، ينفذه، وإن أفاد الشارح حكماً، ولم يختلفوا فيه، ثم اختلف من بعدهم، فمن مالَ بظاهرٍ اعتبر قوله. ومن خالف لا يكون خلافه معتبراً إلى آخر التقدير. وهذا وإن كان مخالفاً للنص، ولكنهم يريدون أن يكون مخالفاً للإجماع أيضاً. كما صرّح به في المحيط.

قال شيخنا: فلو لم يكن فيها قولُ الصّدرِ الأوّل، بل الخلافُ مُقتضبٌ فيها بين الإمامين للقاضي[2] أن يبطلهُ.

قلنا: هذا التزاماً منه لظاهر العبارة، لا أنّ أحداً صرّح به كذلك. والله أعلم.

وقول القائل الذي أشار إليه شيخنا ـ رحمه الله ـ لم يكن تأويله إلاّ ما قال من قبله، وإن كان ظاهره ما قال شيخنا ـ رحمه الله ـ بيان أنه قال قوله. والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول، يريد به الاختلاف الواقع في قرن الصّحابة.

ينتفي به اختلاف مالكٍ والشافعي: أنه ليس لمعتبرٍ؛ لأنّهما لم يكونا في زمن الصّحابة، وقد مرّ زيغانه قبل هذا. انتهى.

فإذا حمل على اختلافهما فيما فيه ظاهر نصٌّ بخلافه، ولم يختلف فيه

---

(١) تحرف في المخطوط إلى (بعضهم).

(٢) في المخطوط: (بالقاضي).

أهل الصَّدر الأوَّل رجع إلى ما قلنا. ويريد: أن هذا مراده قوله: وقد مرَّ بيانه قبل هذا. والذي مرَّ بيانه نحو ما قلنا عنه. والله أعلم.

قال شيخنا[١]: ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهاديَّةً، بخلافٍ بين المشايخ حتَّى ينفُذ القضاء بأحد القولين.

قلت: لأن ما اختلفوا فيه من مجال الاجتهاد لا أنه لا يحلّ إلا هو كما بينّاه مكرراً.

قال[٢]: وفي حيض ـ من منهاج الشَّريعة عن مالكٍ ـ فيمن طلَّقها فمرَّ عليها ستَّة أشهرٍ لم تر دماً فإنَّها تعتدُّ بعده[٣] بثلاثة أشهرٍ، فإذا قضى بذلك قاضٍ ينبغي أن ينفُذ؛ لأنَّه مجتهدٌ فيه، إلاَّ أنَّه نقل مثله عن ابن عمر.

قلت: هذا غلطٌ على مالكٍ وابن عمر فيما قالا: تتربص بعد الطلاق تسعة أشهرٍ، ثم تعتد بثلاثة أشهرٍ [٧٩/ ب].

والمسألة في المنظومة: لو طلقت من طهرها، ممتد. فالأشهر التسعة مكث بعد. وبالمشهور بعدها تعتد.

وفي مجمع البحرين: وأمروا ممتدة الطهر بالأقراء لا بثلاثة أشهر، تعد التسعة، فلو قضى القاضي بما في منهاج الشريعة لم ينفذ، فإن رفع إلى قاضٍ آخر، لم يبطله؛ لأنه خارجٌ عن أقوال العلماء. والله أعلم.

قال شيخنا[٤]: ثم ذكر في المنتقى: أنَّ العبرة في كون المحلِّ مجتهداً

---

(١) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤٢٠).

(٢) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤٢٠).

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (لم تلد ما فاتها بعده تعتد).

(٤) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤٢٠ ـ ٤٢١).

فيه اشتباه الدَّليل لا حقيقة الخلاف.

ألا ترى أنَّ القاضي إذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ؛ لأنَّه مجتهدٌ فيه، لأنَّه موضع اشتباه الدَّليل إذ اعتبار[١] الطَّلاق بسائر تصرُّفاته ينفي حكمه، وكذا لو قضى في حدٍّ أو قصاصٍ بشهادة رجلٍ وامرأتين، ثم رفع بعد ذلك إلى قاضٍ آخر يرى خلاف ذلك ينفِّذه، وليس طريق القضاء الأوَّل كونه في مختلفٍ فيه، لأنه لا اختلاف فيه، وإنَّما طريقه أنَّ القضاء الأوَّل حصل في موضع اشتباه الدَّليل؛ لأنَّ المرأة من أهل الشَّهادة، بظاهر[٢] قوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، [يدلُّ على] جواز شهادتهنَّ مع الرِّجال مطلقاً، وإنْ وردت في المداينة؛ لأنَّ العبرة لعموم اللَّفظ، ولم يرد نصٌّ قاطعٌ في إبطال شهادة النِّساء في هذه الصُّورة؛ ولو قضى بجواز نكاح بلا شهودٍ نفذ؛ لأنَّ المسألة مختلفٌ فيها، فمالكٌ وعثمان البتِّيُّ[٣] يشترطان الإعلان لا الشُّهود، وقد اعتبر خلافهما؛ لأنَّ الموضع موضع اشتباه الدَّليل، إذ اعتبار النِّكاح بسائر التَّصرُّفات يقتضي أن لا تشترط[٤] الشَّهادة. انتهى.

قلت: حاصل هذا: أن سبب كون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل القائم فيه، لا مجرد الاختلاف؛ لأنه يكون مجتهداً فيه مع الاختلاف وعدمه. فلما ثبت مع عدمه دلّ على أنّه ليس نفس السبب وهو ظاهرٌ وليس فيه ما يدل على ما قررنا به معنى قولهم. والمعتبر: الاختلاف في الصَّدر الأوَّل، ولا على

---

(١) في المخطوط: (اعتبر). والمثبت من فتح القدير.

(٢) في فتح القدير: (إذ ظاهر).

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (التيمي).

(٤) في المخطوط: (يشترط).

ما قرره هو؛ لأنـه يكون على قوله شـرطاً بمعنى العلامة، لا بمعنـى العلّة. والله أعلم.

قال شيخنا(١): ولا يخفى أنَّه إذا كانت معارضة المعنى للدَّليل(٢) السَّمعيِّ النَّصِّ، توجب(٣) اشتباه الدَّليل، فيصير المحلُّ محلَّ اجتهادٍ ينفذ القضاء فيه، فكلُّ خلافٍ بين الشَّافعيِّ ومالكٍ أو بيننا [٨٠/ أ] وبينهما أو أحدهم، محلُّ اشتباه الدَّليل، حينئذٍ إذ لا يخلو عن مثل ذلك، فلا يجوز نقضه من غير توقُّفٍ على كونه بين الصَّدر الأوَّل. انتهى.

قلت: معارضةُ المعنى وحده للدَّليل السَّمعيِّ النصِّ في هـذه المسألة ممنوعة؛ لأنَّ فيها ظواهر نصوص. وهي قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٤]. من غير اشتراط شهادة. وفيها عمل صحابي، وهو ما روي عن ابن عمر: أنَّه زوّج بغير شهودٍ، ثم خرج فأعلم.

وفيها: قول تابعيٍّ كبير.

وهو ما روي عن الحسن البصري، مثل ابن عمر. ولو كان المعنى وحده، لكان من المتفق على أنه يجب إبطاله كما تقدم مكرهاً من أنَّ محلّ الاجتهاد ما لم يخالف السنة.

وقوله: القياس في مقابلة النّص باطل إلخ. فتبين: أن هذا المصنف اقتصر على ما به يظهر محل الاشتباه لإتمام ما في المسألة وحينئذٍ ذهب على ما رتب

(١) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤٢١).
(٢) في المخطوط: (الدليل).
(٣) في المخطوط: (يوجب).

على هذا الاشتباه، وأن ليس كل خلافٍ كذلك. والله أعلم.

قال شـيخنا ـ رحمه الله ـ(١): ولا [بأس] بذكر مواضع نصَّ فيها أهل المذهب بعينها إذا قضى [القاضي] بالقصاص يحلف(٢) [المدَّعي]: أنَّ فلاناً قتلـه. وهناك لوثٌ من عـداوةٍ ظاهرةٍ كقول مـالكٍ [لا ينفذ] لمخالفة السُّنَّة المشهورة: «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»، مع(٣) أنَّ معه ظاهراً في(٤) حديث محيِّصَةُ وحُوَيِّصَةَ(٥).

قلت: تقدم عن صاحب المحيط وغيره: أنه مخالفُ الإجماع أيضاً.

ولو قضى بحـل المطلقة ثلاثاً لمجرد عقـد الثاني بلا دخول لقول سـعيد بن المسيب: لا ينفذ بذلك أيضاً. وهو حديث العسيلة(٦).

وفي السِّير من الجامع الكبير(٧): إذا قضى أنَّ الكفَّار لا يملكون ما استولوا

(١) ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤٢١).
(٢) في المخطوط: (بحلف).
(٣) في المخطوط: (من).
(٤) في المخطوط: (ظاهر من).
(٥) وهما ابنا مسعود بن زيد. رواه مالك (١٦٣٠ و١٦٣١) والدارمي (٢٣٥٣) وعبد الرزاق (١٨٢٥٨) والبخاري (٣٠٠٢ و٦٧٦٩) ومسلم (١٦٦٩) وأبو داود (٤٥٢٠ و٤٥٢١ و٤٥٢٣) والترمـذي (١٤٢٢) وابن ماجه (٢٦٧٧) والنسائي في الكبرى (٥٩٨٨ و٦٠٠٨ و٦٠٠٩ و٦٠١٠ و٦٩١٣ و٦٩١٥ و٦٩١٦ و٦٩١٧ و٦٩١٨ و٦٩١٩ و٦٩٢٠ و٦٩٢١) وابن حبان (٦٠٠٩) وابن الجارود (٧٩٨ و٧٩٩ و٨٠٠).
(٦) رواه البخاري (٤٩٦١) ومسلم (١٤٣٣) والنسائي في الكبرى (٥٦٠٠ و٥٦٠٥) وغيرهم عن عائشة ﵂.
(٧) ذكره ابن الهمام في فتح القدير (١٦/ ٤٢١ـ ٤٢٢).

عليه لا ينفذ، لأنَّه لم يثبت في [ذلك] اختلاف الصَّحابة، ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلّقت قبل الدخول، وقد قبضت المهر وتجهّزت بـه، لا ينفذ خلاف الجمهور.

قلت: قال أبو المعالي: ومعادلة الكتاب وقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة: ٢٣٧]، الله تعالى أوجب نصفَ المفروض بالطلاق قبل الدخول، والمفروض هو المسمّى في العقد والجهاز ما كان مسمّى في العقد، ولا يتنصّف، فإذا قضى القاضي بذلك بطل قضاؤه، ولو رفع إلى قاضٍ آخر كانَ له أن يبطله، ويقضي عليها بنصف المفروض [٨٠/ ب] انتهى.

قال: ولو قضى بعدم جواز الزوجية عن دم العمد بناءً على قول البعض: إنَّه لا حقّ لها في القصاص، لا ينفذ.

قلت: قال أبو المعـالي؛ لأنّ هذا لا يجوز. مخـالفٌ لقول الجمهور ومخالفٌ للكتاب.

قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ﴾[النساء: ١٢] الآية.

أثبت لها الحق في ربع المتروك من غير فصل، فكان القضاء بـاطلاً. فكان للثاني أن يبطله.

قال: وحكى في الفصول فيما إذا زنى بامرأةٍ، ثم تزوج بنتها، فقضى بجوازه.

فعند أبي يوسف: لا ينفذ للنّص عليه.

وعند الجمهور: يجوز.

قلت التي قال فيها: للنّص عليه غير هذه الصورة.

فلفظه: ولو قضى بجواز نكاح مزنية الأب ومزنية الابن لا ينفذ عند أبي يوسف؛ لأنّ الحادثة منصوص عليها في الكتاب.

وعند محمّد: ينفذ.

وما روي عن ابن عبّاسٍ موقوفاً ومرفـوعاً أنّـه قال: «الْحَرَامُ لاَ يُحَرِّمُ الحَلاَلَ»(١).

يؤيـد قول محمد، فكان مجتهداً فيه، فينفـذ حكمه. كـذا ذكره فـي المحيط(٢).

ورأيت في بعض الفوائد: القاضي إذا قضى بجواز نكاح التي زني بأمّها أو بنتها نفذ عند محمد. وعند أبي يوسف: لا ينفذ.

وذكر في المحيط(٣): إذا زنى رجلٌ بأمّ امرأته، ولم يدخل بها، فرأى القاضي أنه لا يحرمها عليه، فأقرّها معه وقضى بذلك، فنفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في محلّ مجتهدٍ فيه. انتهى.

قلت: وليس هذه من غرضي في هذا المقام، وإنّما ذكرتها لتحرير العبارة. والله أعلم.

ولو عقد مؤقتاً بلفظ المتعة، نحو: متعيني نفسك عشرة أيام. لا ينفذ.

---

(١) لم أجده مسنداً. وانظره في المبسوط للسرخسي (٤/ ٤١) وفتح القدير لابن الهمام (٦/ ٣٧٣) والعنـاية شرح الهداية (٦/ ٢) وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/ ٢٤٥) ورد المحتار (١٨/ ١٧٨) والمحيط (٨/ ٥١٩).

(٢) المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه (٨/ ٥١٩).

(٣) المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه (٨/ ٥١٩).

قلت: قال في المحيط[1]: لأن هذا القضاء مخالفٌ للإجماع، فإنّ الصحابة أجمعت على فساده، وصحّ رجوع ابن عبّاسٍ رضي الله عنهما عنه.

وروي عن عائشة: أنها منسوخة. نسختها آية الطلاق، والعمل بالمنسوخ حرامٌ.

وروي عن أبي يوسف: أنّ القضاء بالمتعة نافذٌ، لكن هو شاذٌّ لا يعمل به. انتهى.

قال: ولو قضى بسقوط المهر بالتّقادم بلا إقرارٍ ولا بيّنةٍ، لم ينفذ. وكذا إذا قضى أن لا يؤجّل العِنّين[2]. انتهى.

قلت: وقال في الخصّاف: ولو أن قاضياً قضى بمال القسامة، لم يكن للقاضي أن ينفذ ذلك، بل يبطله، ولا ينفذه [١/٨١].

قال أبو المعالي: يريد به: أنه مال الإنسان إذا تلفَ في محلّه فقضى قاضٍ بوجوب ضمان المال بالقسامة، وقاسه على النفس. فهذا القضاء باطلٌ؛ لأنه مخالفٌ للكتاب.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤، الإسراء: ١٥، فاطر: ١٨، الزمر: ٧].

وهذا القياسُ فاسدٌ؛ لأنّ المال يتبدّل، والنفس لا تستبدل. فكان هذا القضاء مخالفاً للإجماع. فكان للثاني أن ينقضه.

(١) المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه (٨/ ٥٣٤). وانظر المبسوط (٤/ ٨٣) وبدائع الصنائع (٥/ ٤٦٢).

(٢) فتح القدير لابن الهمام (١٦/ ٤٢٣). وانظر رد المحتار (١٨/ ١٦٣).

قال: ولو أنّ رجلاً عتق نصف عبده أو نصف أَمَتِهِ أو كانت أمةٌ بين اثنين فأعتقها أحدهما وهو معدمٌ، فقضى القاضي ببيع نصفه فباعه، ثم اختصما إلى قاضٍ لا يرى ذلك؛ فإنه يبطل البيع، ويبطل القضاء؛ لأن هذا القضاء مخالفٌ لإجماع الصحابة. فإنّ الصحابة رجعوا.

لا يجوز استدامة الرق فيه، لكن اختلفوا.

قال بعضهم: يخرج العتق بالسعاية. وإليه ذهب أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ.

وقال بعضهم: يعتق كله. وإليه ذهب أبو يوسف ـ رحمه الله ـ.

وحينئذٍ: فكان هذا القضاء مخالفاً للإجماع، فكان باطلاً. فعلى القاضي الثاني أن ينقضه.

وفي الظهيرية: أن شمس الأئمة قال عن المشايخ: إن هذا قول الخصاف، وليس فيه عن الأئمّة شيءٌ. ولولا قوله لقلنا: ينفذ قضاؤه؛ لأنه مجتهدٌ فيه.

قال الخصّاف: ولو أنّ قاضياً قضى بخلاص دارٍ استحقّت، فأخذه القاضي بدارٍ وحكم بذلك عليه، فإن هذا إذا رفع إلى قاضٍ آخر أبطله ولم ينفذه.

قلت: قال أبو المعالي: يرد، أن الإنسان يبيع داره من إنسانٍ ويضمن له الخلاص أو غير البائع يضمن له الخلاص.

وتفسيره: أنه لو جاء مستحقٌّ فاستحقها، فهو ضامنٌ للخلاص، فيخلص الدار من يد المستحق إمّا بشراءٍ أو هبةٍ، أو بوجهٍ من الوجوه.

فإذا ضمن الخلاص بهذه الصيغة، ثم ظهر الاستحقاق فرفع إلى قاضٍ

آخر يرى ذلك الضمان صحيحاً، فإنه يبطله، فإنّ هذا الضمان باطلٌ. فإنّه شرطٌ لا يقدر على الوفاء به. فلا يصحّ. فإذا قضى بصحته، كان قضاءً بصحّة الباطل، لم يكن نافذاً. وهذا الذي ذكرنا من تفسير ضمان الخلاص قول أبي حنيفة وهو اختيار صاحب الكتاب.

أمّا [٨١/ ب] عند أبي يوسف ومحمد: تفسير ضمان الخلاص والدرك والعهد واحدٌ. وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق.

وعند أبي حنيفة تفسير ضمان الخلاص ما بيّنا.

وتفسير ضمان العهدة وضمان الصّك القديم الذي عند البائع.

قال: وكذلك قاضٍ قضى بإبطال حقّ رجلٍ في دارٍ. وذلك أنه أقام سنين لم يبطله حقه، فأبطل القاضي حقّه من أجل ذلك، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، فإنه يبطل قضاء القاضي بذلك، ويخلص الرجل على حقه في الدّار. ولو أنّ قاضياً قضى بردّه أمةً أو عبداً اشتراه مشترٍ وقبضه، ونقد الثمن فأصاب عنده عيب. فرد القاضي على البائع بذلك بغير إقرارٍ من البائع ولا بيّنةٍ شهدت عليه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر أبطل ذلك ولم ينفذه ليس فيها أثرٌ يحتج به. وهذا اختلاف الآثار.

وقال أبو المعالي: وخلاف الإجماع. وكذلك امرأة قد بلغت ولها زوجٌ فأعتقت رقيقاً لها أو أقرّت بذلك أو أوصت بوصايا بغير رضا زوجها. فأبى ذلك زوجها ورفعه إلى قاضٍ فأبطل فعلها، ثم ارتفعوا إلى قاضٍ آخر، فإنه يبطل حكم ذلك القاضي. وينفذ ما صنعت المرأة من ذلك كما ينفذ على الرجل.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

فهذا حكمٌ يخالف التنزيل، فهو مردودٌ على من حكم به.

وكذلك قاضٍ قضى بشهادة رجلٍ يشهد على حط أبيه. فهذا باطلٌ لا ينفذ حكم القاضي بذلك.

قال أبو المعالي: هذا قولٌ لا يعتبر بمقالةِ قول الجمهور من العلماء والكتاب وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦]. هذا لا يعلم. فإذا قضى القاضي بذلك كان القضاء باطلاً، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر كان له أن يبطله.

وكذلك رجلٌ طلّق امرأته ثلاثاً أو حائضاً أو قبل أن يدخل بها فقضى قاضٍ بإبطال ذلك أو أبطل بعضه أو رفع إلى قاضٍ آخر لا يرى ذلك؛ فإنه يبطل قضاء القاضي بذلك، وينفذ على الرجل ما كان منه.

وقال في المحيط: بدل قوله: أو بعضه أو بوقوع واحدٍ؛ فإنه لا ينفذ؛ لأنه إن كان على قول أهل الزيغ إذ أوقع الثلاث في [٨٢/ أ] حالة الحيض أو في طهرٍ جامعها فيه، لا يقع أصلاً.

وعلى قول الحسن البصري: إذا وقعَ الثلاث يقع واحدة.

لكن كلا القولين باطلٌ؛ لأنه مخالفٌ لكتاب الله تعالى، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فإنّ المراد منه: المطلقة الثلاثة.

وفي المنتقى: ولو طلّق امرأته ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ أو في طُهرٍ جامعها فيه.

وقال في الينابيع: ومثال ما خالف الإجماع ما إذا حكم بجواز نكاح الجدة أو بنكاح امرأة الجدّ أو بنكاح الغافلة.

وكذلك لو أخرج الحرّ من العبيد بالقرعة، فرفع إلى قاضٍ يرى بطلان القرعة، ولو حكم بجواز نكاح ابنته من الزنا، فللثاني أن يبطل نكاحها.

وفي الظهيرية: لوقوف القاضي بين الزوجين بشهادة امرأةٍ بالرّضاع. يرد قضاؤه.

والقاضي إذا قضى لولده على أجنبيٍّ بشهادة الأجانب. لا يجوز. فإن رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر أبطله الثاني.

ولو قضى بشهادة ولده لأجنبيٍّ في القذف وهو يرى ذلك فرفع ذلك إلى قاضٍ آخر لا يرى جوازه لا يبطله الثاني.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بِخُواهَر زَادَه[1]: هذا إذا كان القاضي الثاني يعرف أنّ الأوّل يرى جوازه بأن قال الأوّل: لا. حينئذٍ لي ذلك.

أما إذا علم أنّ الأوّل لا يرى جوازه. كان للثاني أن يبطله. وكذا وقع في أقضية الجامع. والله أعلم.

قلت: فعلمَ من هذا: أن القضاء إذا أخطأ مذهبه لغيره أن يبطل قضاءه، وإن لم يكن من مقلدي إمامه كما قاله أبو عمرو ابن الصلاح الشافعي في فتاواه[2].

الأول: ولو كان هو المحدود في القذف فيرفع حكمه إلى قاضٍ لا يرى جوازه أبطله.

الثاني: لأن القضاء نفسه مختلفٌ فيه، وكذلك لو قضى لامرأته

(١) تحرف في المخطوط إلى: (زاده). مرّت ترجمته.
(٢) (٢/ ٦٠).

بشهادة رجلين: لا يجوز.

وإذا قضى الأعمى في حادثةٍ، ثم رفع قضاؤه إلى من لا يرى قضاءه، فإنه يبطل قضاءه.

وفي الفصول: إذا كان الزوج غائباً فرفعت الامرأة الأمر إلى القاضي وأقامت [٨٢/ ب] البينة: أنّ زوجها الغائب عاجز عن النفقة، وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما، ففرّق بينهما.

قال مشايخ سمرقند: جاز تفريقه.

قال صاحب الذخيرة: الصحيحُ: أنه لا يصحُّ قضاؤه؛ لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة، فإن رفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخرَ فأجاز قضاءه. والصحيح: أنه لا ينفذ؛ لأنّ هذا القضاء ليس في فصل مجتهدٍ فيه لِما ذكرنا: أنّ العجزَ لم يثبت.

قلت: فيؤخذ من هذا: أن للقاضي أن يبطل ما يقضي به بشهادة المحدودين. والله أعلم.

وذكر فيها أيضاً: إذا تزوج امرأةً عشرة أيام، فأجاز قاضٍ من القضاة جازَ؛ لأنّ عند زفرٍ: إذا تزوج امرأة إلى شهرٍ يصحُّ ويبطل ذكر الوقت.

وفي فتاوى رشيد الدين: الثاني إذا طلّقها بعد، ثم تزوجها ثانياً وهي في العدة، ثم طلقها قبل فتزوجها الأول قبلَ انقضاء العدة، وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ؛ لأن للاجتهاد فيه مساغاً، وهو صريحٌ في النّص، وهو قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ [إِذَا] نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩]. الآية.

وهو أيضاً مذهب زفر.

قلت: لا يصح هذا من القاضي الحنفي؛ لأن الإمام إنّما ولاّه الحكم بمذهب أبي حنيفة وما نقل الأصحاب من أمثال هذا فهو فيما إذا ولّى الإمام القاضي المجتهد ولايةً مطلقةً مثل ما كان لأبي يوسف ونحوه. والله أعلم[١].

ولو قضى بشهادة الابن لأبيه، وبشهادة الأب لابنه؛ لا ينفذ عند محمّدٍ خلافاً لأبي يوسف.

قلت: الرجحان لقول محمّدٍ؛ لأنّ هذا قضاء مخالفٌ للسنة وهو حديث عائشة ﵂، عن النبي ﷺ قَالَ: «لاَ تَجُوزُ[٢] شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلاَ الْوَلَدُ لِوَالِدِهِ»[٣].

---

(١) جاء في هامش المخطوط: (أقول: في هذا الكلام بحثٌ؛ لأنه إذا أراد مذهب أبي حنيفة فقط. فقد رجّح المشايخ قولهما بل أقول: أحدهما. بل قول زفرٍ وأفتوا بها وحكموا. والتقيد بالمجتهد أيضاً فيه كلامٌ، فلو ولّى الإمام غير المجتهد وأذن له في الحكم بمثل هذا ينبغي أن يجوزه).

(٢) في المخطوط: (يجوز).

(٣) قال ابن الهمام في فتح القدير (١٧/ ١٢٠): لكنّ الخصّاف وهو أبو بكرٍ الرّازيّ الّذي شهد له أكابر المشايخ أنّه كبيرٌ في العلم رواه بسنده إلى عائشة ﵂: حدثنا صالح بن زريقٍ ـ وكان ثقةً ـ، حدثنا مروان بن معاوية الفزاريّ، عن يزيد بن زيادٍ الشّاميّ، عن الزّهريّ، عن عروة، عن عائشة ﵂، عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولـد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزّوج لامرأتـه، ولا العبد لسيّده، ولا السّيّد لعبده، ولا الشّريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره». وانظر بدائع الصنائع (١٤/ ٣٣٤).
وروى عبد الرزاق (١٥٤٧١) قال: أخبرنا ابن أبي سبرة، عن أبي الزناد، عن عبدالله ابن عامر بن ربيعة قال: قال عمر: تجوز شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، =

وهو نحو حديث: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِشُهُودٍ»[١]. والله أعلم.

ولو قضى القاضي بجواز بيع الدرهم بالدّرهمين، فلقاضٍ آخَرَ أن يبطله.

ولو قضى بجواز بيع الشرب وحده ليس لغيره أن ينقضه. وإن نقض ليس لغيره أن يجيزه.

وفي القضاء بجواز بيع أم الولد. روايات أظهرها: أنه لا ينفذ.

وفي الخانية: إذا راجع الرجل امرأته بغير رضاها، ورفع الأمر إلى قاضٍ يرى أن رضا المرأة شرطٌ وأبطل [٨٣/ أ] الرجعة.

قيل: ينبغي أن لا ينفذ قضاؤه. وأصحابنا يدّعون الإجماع في أنّ رضا المرأة ليس بشرطٍ بصحة الرّجعة. ويمنع أصحاب الشافعي. وهذا لا يُصَيِّر المحل مجتهداً فيه، فلا ينفذ قضاؤه.

رجلان يشهدا على إقرار امرأةٍ بأنّ زوجها بريء من كل شيءٍ كان لها عليه، فطلّقها. فقضى القاضي بأن الطلاق بائنٌ. قال: لا ينفذ. وهذا الحاكم جاهلٌ.

وفي قضـاء الجامع: أنه يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر إن أمضى ذلك القاضي نفذ، وإن أبطل بطل. وهذا أوجه الأقاويل، وإن كان أبرأ القاضي وصي

= والأخ لأخيه إذا كانوا عدولاً، لم يقل الله حين قال: ممن ترضون من الشهداء، إلا أن يكون والداً أو ولداً أو أخاً.

(١) انظر ما قاله الترمذي في سننه عقب رقم (١١٠٤).
وروى ابن حبان (٤٠٧٥) من حديث عائشة ﵂: أن رسول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

اليتيم لم يجز قضـاؤه له في أمر اليتيم؛ لأنّ حقّ القبض فيما يقضي به لليتيم يثبت للوصي، فيكون بمنزلة قضائه لابنه، ولو وَكَّلَ[1] رجل القاضي وقال له: ما صنعت من شيءٍ فهو جائزٌ، فوكل القاضي وكيلاً يخاصم إليه، جاز التوكل؛ لأن الموكل أجاز صنعه على العموم، ولكن لا يجوز قضاءه للوكيل؛ لأنه يكون ذلك كقضائه لنفسه من وجهٍ؛ لأنه وكيله. وكذلك لو كان وكيل ابنه بعض من لا يجوّز شهادة له.

ولو أنّ رجلاً أوصى للقاضي بثلث ماله أو أوصى إلى رجلٍ لم يجز قضاء القاضي لذلك الميت بشيءٍ من الأشياء؛ لأنّ له نصيباً فيما يقضي به للميت. وكذلك إذا كان القاضي أحد الورثة للميت؛ لأنه قضاء لنفسه. وكما لا يجوز أن يقضي عند دعوى القاضي، وكذلك عند دعوى الوكيل من الوصي. وكذلك إذا كان الموصى لابن القاضي أو امرأته.

ألا ترى: أنه لا يصح[2] للشهادة فيما يدّعي للميت، فكذلك لا يصلح القضاء.

وكـذلك إذا كان للقاضـي على الميت ديـنٌ؛ لأنّ بهذا القضـاء يمهد محل حقّه.

وفي الجامع الكبير: رجلٌ ماتَ وله على القاضي دَينٌ أو امرأته أو بعض أقاربـه ممن لا يقبل شـهادة القاضي له دينٌ وله وصيٌّ فدفع مَنْ عليـه الدين للوصي، ثم ادّعى الوصي الوصاية، وشهد رجلانِ: أنّ الميت أوصى إليه فقضى

(١) في المخطوط: (كان) وهو خطأ والصواب ما أثبت.

(٢) في المبسوط للسرخسي (ج١٩/ ٢٥): لا يصلح.

بالوصاية. لا ينفذ، ولا يبرأ.

فلو مات القاضي أو عُزِلَ فجحدت الورثة الوصاية، فقامت [٨٣/ ب] البينـة على القضاء بها، أبطل الثاني القضاء الأوّل، وأخذ المال من القاضي أو ابنه.

قال في التحرير[1]: سوّى محمّد في الجامع في الجواب بين القاضي وبين امرأته وابنه.

وقال مشايخنا: يجب أن يكون الجواب في امرأته وابنه خلاف الجواب في نفسـه؛ لأن قضاء القاضي لنفسه باطلٌ بالإجماع، فلا يتوقف نفاذه على قضاء قاضٍ آخرَ.

وأمّا قضاؤه لابنه وامرأته فمختلفٌ فيه، فمتوقفٌ على قضاء قاضٍ آخرَ.

ولو ادّعى رجلٌ: أنه ابن الميت ووارثه، لا وارث له غيره، فأمضى القاضي الدين، ثم قضى بالنسب بعد ذلك، لم يجز.

ولو أمـضى هذا القضاء قاضٍ آخرَ، لا ينفذ؛ لأنه قضى لنفسـه والأمة مجمعة على بطلانه. وكذا لو كان الوارث غائباً، ولم يدع وصياً، فدفع القاضي الدين للرجل، ثم نصّبه وصياً.

ولو غاب رب الدين وادّعى رجلٌ: أنه وكّله بقبض ديونه التي له بالكوفة. أو قال: يقبض ديونه التي له على القاضي أو على أحدٍ من قرابته وأقام البينة. وقضى القاضي بالوكالة، لم ينفذ قضاؤه، ولم يبرأ من الدين إذا دفع إليه.

ولو مات أو عزل، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر، أبطل ذلك.

(١) لعله: التحرير في أصول الفقه، للعلامة كمال الدين ابن همام الحنفي.

فلو قضى بالوكالة، ثم دفع الدين، ثم رفع الأمر إلى قاضٍ آخر، فأمضاه وجوّزه، ثم رفع إلى قـاضٍ آخر ثالث يرى القضاء الأوّل باطـلاً، فإنـه يجيز ما أمضاه القاضي الثاني، وليس له أن يبطله.

علل في الكتاب فقال: لأنه أمضى فعلاً مختلفاً فيه.

أشـار بـذلك إلى أنّ من الفقهاء من يجيز القضاء بالوكالـة، كما يجيز بالوصايـة؛ لأنّ الوصيّ كالوكيل بعد الوفاة. والوكيل قبل الوفاة وبعد الوفاة سواء، فإذا أمضى الثاني فقد أجاز قضاءً مختلفاً فيه بعد قضائه، فإذا رفع إلى ثالثٍ ليس له أن يبطله وإن لم يكن مختلفاً فيه، فهو في محلّ الاجتهاد ليس بخلافـه نصٌّ، ولا إجماعٌ، فينفذ على الكل، ولو كان القاضي الثاني أبطل القضاء الأول، لا يكون لغيره أن يجيزه بعد ذلك؛ لأنه أبطل فصلاً مجتهداً فيه، فينفذ على الكل.

ولو أنه قضى الدين أوّلاً، ثم قضى[٨٤/ أ] بالوكالةِ، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر وأمضاه ورآه جائزاً، ثم رفع إلى قاضٍ ثالثٍ يرى ذلك باطلاً، فإنه يبطل ذلك كله ويرده؛ لأنّ الثاني أجاز قضاءً باطلاً؛ لأنّ القاضي قضى لنفسه من كلّ وجهٍ، فإنه مجتهدٌ فيه، وأنّه باطلٌ بالإجماع، فلم يصحّ إمضاؤه.

فأمّا في الفصل الأوّل: لم يكن القضاء لنفسه من كل وجهٍ، فإنه مجتهدٌ فيه كالثاني أمضى قضاءً مجتهداً فيه. انتهى بتحرير التحرير على الجامع الكبير.

وفي الخانية: القاضي إذا قضى بأقضيةٍ يختلف فيها الناس، أو قضى لرجلٍ على رجلٍ بحقٍّ وأشهد على قضائه شهوداً ولم يبين بأيّ وجهٍ قضى، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر فقال: اشهدوا أني قد أبطلت ما قضى فلان بن فلانٍ القاضي على فلانٍ بن فلان، ونقضت قضاءه للأمر. تحقق عندي إبطاله وقال:

اشهدوا أني قد أبطلت ما قضى فلانٌ على فلانٍ ولم يدل على ذلك شيءٌ، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ ثالث، فإن الثالث ينقض الثاني، ويبطل ما أبطله الثاني.

قال محمّد: والاثنان في ذلك سواء.

وفي الينابيع: قاله أبو يوسف.

وفي نوادر هشام: إذا كان الجور من القاضي غالباً ردت قضاياه وشهادته، وإن كان الغالب منه الخير، لم أرد.

وقال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زماناً بين الناس وأنفذ قضايا كثيرة، ثم علم أنه كان فاسقاً مرتشياً لم يرد ذلك منذ ولي القضاء.

ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضية قضى بها.

وفي التتارخانية[١]، عن التتمة[٢]: القاضي المقلّد إذا قضى على خلاف مذهبه لا ينفذ قضاؤه.

---

(١) قال صاحب كشف الظنون (١/ ٢٦٨): تاتار خانية في الفتاوى للإمام الفقيه عالم ابن علاء الحنفي، وهو كتاب عظيم في مجلدات، جمع فيه: مسائل المحيط البرهاني والذخيرة والخانية والظهيرية، وجعل الميم علامة للمحيط، وذكر اسم الباقي، وقدّم باباً في ذكر العلم، ثم رتّب على أبواب الهداية. وذكر أنه: أشار إلى جمعه الخان الأعظم: تاتار خان، ولم يسمّ، ولذلك اشتهر به. وقيل: إنه سماه: (زاد المسافر)، ثم إن الإمام: إبراهيم بن محمد الحلبي المتوفى سنة ست وخمسين وتسع مئة، لخصه في مجلـد، وانتخب منه ما هو غريب أو كثير الوقوع وليس في الكتب المتداولة، والتزم بتصريح أسامي الكتب. وقال: متى أطلق الخلاصة فالمراد بها: شرح التهذيب، وأما المشهورة فتقيّد بالفتاوى.

(٢) تتمة الفتاوى للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز الحنفي صاحب المحيط، المتوفى سنة ٦١٦هـ. تقدّم الكلام عنه.

ولله الحمد على ما أنعم وأولى في الآخرة والأولى.

وصلى الله على سيدنا محمّد خاتم النبيين والمرسلين وآله وصحبه أجمعين.

تمت عن خط من نسخة من نسخة الموفق[1] ـ رحمه الله تعالى ـ.

□ □ □

(١) لعلها تحريف عن: المؤلف.

مجموعة رسائل

العلّامة

قاسم بن قطلوبغا

(١٩)

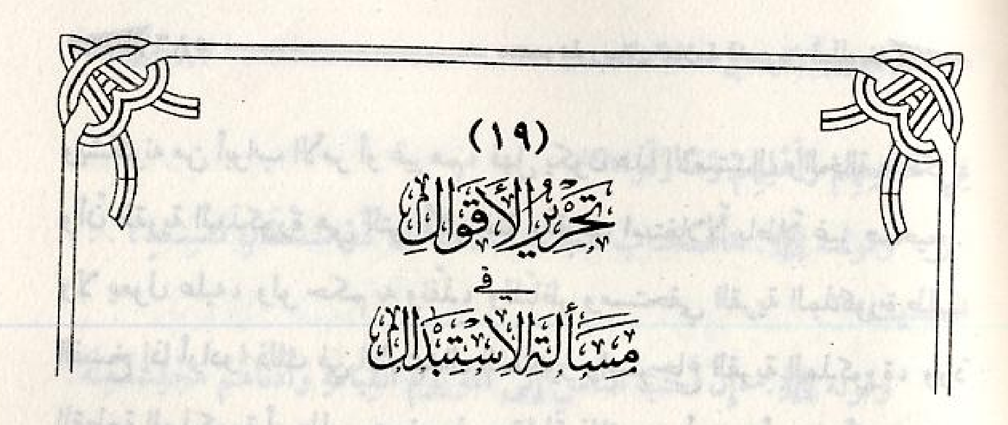
تحرير الأقوال في مسألة الاستبدال

تأليف

العلّامة قاسم بن قُطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى



قال ـ رحمه الله تعالى ـ:

قد رفع إلي بعض أهلٍ سؤالاً صورته [٨٤/ ب] في ناظرٍ شرعيٍّ على قريةٍ، والقرية وقفٌ على جهاتٍ معينة، في كتابِ وقفه، فاستبدل القرية المذكورة بقطعةِ أرضٍ، على أنّ القطعة المذكورة أكثر غلّةً وأقرب استغلالاً، وأن الغبطة والحظ والمصلحة لمستحقي ريع القرية المذكورة في استبدال القرية بالقطعة الأرض.

وثبت ذلك على حاكمٍ يرى صحّة الاستبدال، وجواز العمل به على الوجه المشروح فيه، ونفذ ذلك الحكم على نصيحة المذاهب الثلاثة، ثم بعد ذلك تبين: أن القطعة المذكورة لم تكن أكثر غلّة، ولا أقرب استغلالاً، ولا غبطةً، ولا مصلحةً لمستحقي ريع القرية المذكورة، وأنّ بعض القطعة المذكورة غرسٌ. وبعضها خوارٌ لا ينتفع بذلك. ولها عادة قديمة بنزول الجند فيها، يصلح فيها للزراعة، وزرعه من غير أجرةٍ. واستمْرار ذلك بأيديهم بطريق الشوكة، وعادتهم المستقرة لهم في عرف الإطلاق.

والقطعة المذكورة معروفة قديماً بأناسٍ، بمقتضى أنها منزلة باسمهم ووقفاً مجلياً عليهم في ديوان الاحتباس، شهد لهم بذلك الديوان والتواقيع التي بأيديهم إلى الآن، وكل وقتٍ ينازعون واضع اليد على القطعة المذكورة

ويشكونه من أبواب الأمر أو غيرهم، فهل يكون هذا الاستبدال والحالة ما ذكر، وأنّ القرية المذكورة هي التي أكثر غلّة وأقرب استغلالاً باطلاً غير صحيح. ولا يعول عليه، ولو حكم به ونفذ، وللنّاظر ومستحقي القرية المذكورة طلب الفسخ إذا أرادوا ذلك في الاستبدال المذكور واسترجاع القرية المذكورة، وردّ القطعة المذكورة أو طلب عوضٍ في مقابلة ذلك من أرضٍ أو بناءٍ أو ما يقوم مقام ذلك من النفع القائم مقام القرية المذكورة أم لا؟.

فكتبت له ما صورته:

الحمد لله. ربّ زدني علماً.

هذا الاستبدال باطلٌ لو كانت القطعة الأرض المذكورة أكثر غلّةً [٨٥/أ] وأقرب استغلالاً، وأقلّ كلفةً، وأكثر خراجاً، وملكاً خاصّاً للمستبدل، إذ ليس شيء من ذلك مسوّغاً للاستبدال عند من يراه من علمائنا، وإنما يعتمد ذلك مسوّغاً جهلاً أو تلبيساً، ولا أثر للحكم بذلك، ولا للثناء فيه، ولا تحتاج إلى طلب الفسخ، بل القرية الموقوفة وقفاً على ما كانت عليه، ولا يصح طلب العوض عنها بوجهٍ، وعلى كلّ حاكمٍ رفع إليه هذا الأمر، رفع الأيدي عن القرية الوقف واسترجاع الأجر لمدةِ هذا الاستبدال الباطل إقامةً للقسط الذي أمر الله به بإجراء الأحكام الشرعية على وجهها، ورفع الأيدي المبطلة عن ملك الله ﷻ. وتحصيل مقاصد الواقفين الذين صاروا إلى الله تعالى مفتقرين إلى ما يصل إليهم من ثوابِ ما قدّمت أيديهم، وثواب الفقراء المستحقين للريع، وتخليص المستبدل من أكل الحرام على ظنّ الحلال إن كان لا يعلم بحقيقة الحال، إلى غير ذلك من الوجوه التي ترتب عليها قوله ﷺ: «إنّ المُقسطينَ في الدُّنيا على مَنابرَ مِنْ نورٍ عَنْ يَمينِ الرّحمَنِ، وكِلتَا يَدَيْهِ يَمينٌ الّذينَ يَعدِلُونَ

فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ وَمَا وَلُوا»(١).

وقوله ﷺ: «أَصْحَابُ الْجَنَّةِ ثَلَاثَةٌ(٢): ذُو سُلْطَانٍ مُقْسِطٍ، . . . الحديث»(٣).

وقوله ﷺ: «إنّ أَحَبَّ النّاسِ إِلَى اللهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَدْنَاهُمْ مَجْلِساً مِنْهُ: إِمَامٌ عَادِلٌ»(٤).

وقوله ﷺ: «الْعَادِلُ فِي رَعِيَّتِهِ يَوْماً وَاحِداً أَفْضَلُ مِنْ عِبَادَةِ الْعَابِدِ فِي أَهْلِهِ مِئَةَ سَنَةٍ أَوْ خَمْسِينَ سَنَةً»(٥). . . . .

---

(١) رواه عبد الرزاق (٢٠٦٦٤) والإمام أحمد (٦٤٨٥ و٦٤٩٢ و٦٨٩٧) والحميدي (٥٨٨) وحسين المروزي في زوائد زهد ابن المبارك (١٤٨٤) وابن أبي شيبة (١٣/ ١٢٧) ومسلم (١٨٢٧) والنسائي في المجتبى (٨/ ٢٢١) وابن حبان (٤٤٨٤ و٤٤٨٥) والآجري في الشريعة (ص٣٢٢) والحاكم (٤/ ٨٨) والبيهقي (١٠/ ٨٧) والأسماء والصفات له (ص٣٢٤) والخطيب في تاريخ بغداد (٥/ ٣٦٧) والبغوي في شرح السنة (٢٤٧٠) عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه.

(٢) تحرف في المخطوط إلى: (ثلاث). والمثبت من مصادر التخريج.

(٣) رواه الطيالسي (١٠٧٩) والإمام أحمد (٤/ ١٦٢) ومسلم (٢٨٦٥) وابن حبان (٦٥٣) والطبراني في الكبير (١٧/ رقم ٩٩٢) والبزار في مسنده (٢٩٥١) والبيهقي (٩/ ٢٠) من حديث عياض بن حمار رضي الله عنه.

(٤) رواه ابن المبارك في مسند (٢٦٧) والإمام أحمد (٣/ ٢٢ و٥٥) والترمذي (١٣٢٩) والقضاعي في مسند الشهاب (١٣٠٥) وأبو يعلى (١٠٠٣) وأبو القاسم البغوي في الجعديات (٢٠٠٤ و٢٠٣٥) والبيهقي (١٠/ ٨٨) والشعب له (٧٣٦٦) وأبو محمد البغوي في شرح السنة (٢٤٧٢) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. وفيه: عطية بن سعد العوفي، ضعيف. وقال الترمذي: حديثٌ حسن غريب، لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

(٥) رواه الحارث بن أبي أسامة (٥٩٧ زوائد) قال: حدثنا أبو عبيد القاسم بن سلاّم، =

الشّك من هشيم[1].

وقوله ﷺ: «يَوْمٌ مِنْ إِمَامٍ عَادِلٍ أَفْضَلُ مِنْ عِبَادَةِ سِتِّينَ سَنَةً»[2].

وقوله ﷺ: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لاَ ظِلَّ إِلاَّ ظِلُّهُ: إِمَامٌ عَادِلٌ»[3]. الحديث.

فلما وقف على هذا، سألني عن حجتي على ما أجبته به، فكتبت له:

بسم [٨٥/ ب] الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، وسلامٌ على عباده الذين اصطفى، وبعد:

= حدثنا هشيم، عن زياد بن مخراق، عن رجل، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «لعمل العادل في رعيته يوماً واحداً أفضل من عبادة العابد في أهله مئة عام أو خمسين عاماً» الشاك هشيم. وانظر المطالب العالية لابن حجر (٢٢٠٤ النسخة المسندة) وتخريج أحاديث العادلين للسخاوي رقم (١٠) والمقاصد الحسنة له (٨٥٨).

(١) تحرف في المخطوط إلى: (هيثم).

(٢) رواه الطبراني في الكبير (١١٩٣٢) والأوسط (٤٩٠١) وأبو نعيم في فضيلة العادلين (١٦) والبيهقي في سننه (٨/ ١٦٢) وشعب الإيمان (٧٣٧٩ مكرر) وابن عساكر في معجمه (١١٩٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما وانظر تخريج الإمام السخاوي لأحاديث فضيلة العادلين (ص٥٢ ـ ٥٨) رقم (٨ و٩) ونصب الراية للزيلعي (٤/ ٦٧) وإتحاف السادة المتقين للزبيدي (٥/ ٣١٤).

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ رقم ٩٠٠٢): رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وفيه: سعد أبو غيلان الشيباني، ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات. وقال (٦/ رقم ١٠٥٨٦): رواه الطبراني في الأوسط، وقال: لا يروى عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد، وفيه: زريق بن السحت، ولم أعرفه.

(٣) رواه مالك (٣٥٠٥) والبخاري (٦٢٩ و١٣٥٧ و٦١١٤ و٦٤٢١) ومسلم (١٠٣١) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

فيقول راجي عفو ربه الكريم قاسم بن قطلوبغا الحنفي:

إنكَ قد سألتني عن مستندي فيما كتبته لك من جواب فتياك في إبطال استبدال الأرض التي اعتمد الحاكم في جواز استبدالها على قول المشهور: إن المستبدل به أكثر غلّةً، وأيسر استغلالاً... إلخ.

فأقول مستعيناً بالله، إنه حسبي ونعم الوكيل:

لا خلاف بين العلماء: أن هذه المسألة لا تتأتّى على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى لزوم الوقف، وإنما الجواب على قول صاحبيه.

وقد اتفق فقهاء المذهب: على أنّ الأصل في الوقف: أن لا يوهبه، ولا يورث أصلاً، ولا يباع، ولا يستبدل به إلاّ بشرط الواقف ذلك لنفسه أو لغيره مرّةً أو مراراً عند أبي يوسف، وإن لم يشترط ذلك، ودعت الحالة إلى الاستبدال، وظهرت المصلحة فيه.

قيل: روي عن أبي يوسف: أنّ ذلك جائز للحاكم.

وعند محمّدٍ: لا عبرة بهذا الشرط، ولا يجوز الاستبدال إلا أن يكون بالعين الموقوفة خللٌ ظاهرٌ، وتظهر المصلحة في الاستبدال.

ثم اختلفت الرواية عنه: هل يملك ذلك النّاظر والواقف أم الحاكم.

وما قيل: إنّ للحاكم الاستبدال إذا رآه مصلحةً. فمعناه: عند حصول الخلل.

ودليلي على هذه المسألة من المنقول: المذهبية والآثار السنية.

ما قاله في الهداية وعامة الكتب: الوقف في الشرع على قولهما: حبس العين على حكم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجهٍ

تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ولا يباع ولا يورث.

ثم قال: وإذا صحّ الوقف، لم يجز بيعه، ولا تمليكه.

ثم قال: الواجب: أن يبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط؛ لأنّ قصد الواقف صرف الغلّة مؤبداً، ولا تبقى قائمة إلا بالعمارة.

[٨٦/ أ] ثم قال: إن كان الوقف على الفقراء؛ لأنه لا يظفر بهم، وأقرب أموالهم هذه الغلة، فيجب فيها، وإن كان الوقف على رجلٍ بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله إن شاء في حال حياته، ولا يؤخذ من الغلة؛ لأنه معين يمكن مطالبته، وإنما يستحقّ العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، فإن خرب يبنى على ذلك الوصف، ثم قال: فإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السّكنى، فإن امتنع عن ذلك أو كان فقيراً أجّرها الحاكم وعمّرها بأجرتها. ثم قال: ولا يجبر الممتنع ولا يكون امتناعه رضاءً منه ببطلان حقه.

ثم قال: وما انهدم من بناءِ الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارةٍ إن احتاج، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارةٍ فيصرفه فيها؛ لأنه لا بد من العمارة لتبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف. وعلى هذا تواترت عباراتهم في عامّة الكتب.

وقال هلالٌ في وقفه: قلت: أرأيت الصرفة إذا احتاجت إلى العمارة، ولم يكن عند القائم بها ما يعمرها. أترى له أن يستدين عليها؟.

قال: لا.

قال في الذخيرة بعد هذا:

وعن الفقيه أبي جعفر: أن القياس هذا. لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو أن يكون في أرض الوقف زرعٌ فأكلها الجراد، ويحتاج القسم إلى النفقة

لجمع الزرع أو طالبه السلطان جاز له الاستدانة؛ لأن القياس يترك بالضرورة.

قال: والأحوط في هذه الضرورة: أن يكون بأمر الحاكم؛ لأنّ ولاية الحاكم أعمّ في مصالح المسلمين.

ومن السنة والآثار:

ما روى الجماعة(1)، عن ابن عمر: **أَنْ عُمَرَ أَصَابَ أَرْضاً مِنْ أَرْضِ خَيْبَرَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ! أَصَبْتُ أَرْضاً بِخَيْبَرَ، لَمْ أُصِبْ مَالاً قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُنِي؟ قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا». فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ عَلَى أَنْ لا تُبَاعَ وَلاَ تُوهَبُ وَلا تُورثُ، [وَتَصَدَّقَ بِهَا] فِي الْفُقَرَاءِ، وَذِي الْقُرْبَى، وَ[فِي] الرِّقَابِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، لا(2) جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ(3)**. وفي لفظٍ(4): **غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ(5) مَالاً** [٨٦/ ب].

وفي لفظٍ: أنَّ النبي ﷺ قال له: **«احْبِسْ أَصْلَهَا، وَسَبِّلْ ثَمَرَتَهَا»**. رواه

---

(1) رواه الإمام أحمد (٤٦٠٨ و٥١٧٩ و٥٩٤٧ و٦٠٧٨ و٦٤٦٠) والبخاري (٢٧٣٧ و٢٧٧٢ و٢٧٧٣) ومسلم (١٦٣٢ و١٦٣٣) وأبو داود (٢٨٧٨) والترمذي (١٣٧٥) والنسائي في المجتبى (٦/ ٢٣٠ و٢٣١) والكبرى (٦٤٢٤ ـ ٦٤٢٨) وابن ماجه (٢٣٩٦) وابن الجارود (٣٦٨) وابن خزيمة (٢٤٨٣ ـ ٢٤٨٦) والطحاوي (٤/ ٩٥) وابن حبان (٤٩٠١) والدارقطني (٤/ ١٨٧ ـ ١٩٠) وأبو نعيم في الحلية (٨/ ٢٦٣) والبيهقي (٦/ ١٥٨ ـ ١٥٩) والشعب (٣٤٤٦) وابن عبد البر في التمهيد (١/ ٢١٤) والبغوي في شرح السنة (٢١٩٥).

(2) تحرف في المخطوط إلى: (على).

(3) تحرف في المخطوط إلى: (متموم).

(4) من قول ابن سيرين.

(5) تحرف في المخطوط إلى: (مقابل).

النسائي(١)، وابن ماجه(٢).

وعزي للفظ البخاري(٣): «تَصَدّق بأصْلِهِ، لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوْهَبُ، وَلاَ يُوْرَثُ، وَلَكِنْ يُنْفِقُ ثَمَرَهُ(٤)». فتصدّق به عمر.

وما روى الإمام أبو بكر الخصاف في كتاب الوقف(٥) بإسناده نحو هذا.

وما أخرج عن عنبسة(٦) قال: تصدّق عثمان بن عفان لنا في أمواله على صدقة عمر.

وما أخرج من طريق فروة بن أذينة قال: رأيت كتاباً عند عبد الرحمن ابن أبان فيه: بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما تصدّق به عثمان بن عفان في حياته، تصدّق بماله الذي بخيبر يدعا مال ابن أبي الحقيق على ابنه أبان بن عثمان صدقة بتلة، لا يشتري أصلاً أبداً، ولا يوهب، ولا يورث. شهد علي ابن أبي طالب وأسامة بن زيد وكتب.

وما أخرج، عن طريق عبد العزيز بن محمد، عن أبيه، عن علي بن [أبي] طالب: أنّه تصدّق بما أقطعه عمر بن الخطاب مع ما اشتراه هو على الفقراء والمساكين، وفي سبيل الله وابن السبيل، القريب والبعيد، في السلم والحرب،

(١) الكبرى (٦٤٣٠ و٦٤٣٢).

(٢) ابن ماجه (٢٣٩٧).

(٣) رواه البخاري (٢٧٦٤) والبيهقي (٦/ ١٥٦) من طريق صخر بن جويرية، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) في المخطوط: (ثمرته). والمثبت موافق لصحيح البخاري.

(٥) لم أستطع الحصول على نسخة من كتاب الوقف.

(٦) في المخطوط: (عنيسة).

ليصرف الله النار بها عن وجهه، يوم تبيضّ وجوه وتسودّ وجوه.

وأخرجه من طريقٍ آخرَ: أنه تصدّق بأرضٍ له بإبلاً ليقي بها وجهه من جهنم، على مثل عمر. غير أنه لم يستثن منها للوالي شيئاً كما استثناه عمر.

وما أخرجه، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن الزبير بن العوام: أنه جعل دوره على بنيه، لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، وأنّ للمردودةِ من بناته أن تسكن غير مضرةٍ ولا مضرّ بها، فإذا استغنت بزوجٍ فليس لها حقٌّ(١).

وما أخرجه عن عبد الرحمن بن عبدالله بن كعب بن مالكٍ وأبي قتادة قال: كان معاذ بن جبلٍ أوسع أنصاري بالمدينة ربْعاً، فتصدق بداره التي يقال لها دار الأنصار اليوم، وكتب صدقته وذكر القصة.

وما أخرجه عن خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه قال: لم نرض خيراً للميت ولا للحي من هذه الحُبُس الموقوفة. أمّا الميت: فيجري أجرها عليه.

وأمّا الحي: فتحبس عليه لا تباع ولا توهب ولا تورث ولا يقدر على [٨٧/أ] استهلاكها. وإنّ زيد بن ثابتٍ جعل صدقته التي وقفها على بنيه صدقة عمر بن الخطاب، وكتب كتاباً على كتابه.

(١) علّقه البخاري في كتاب الوصايا/ باب: إذا وقف أرضاً أو بئراً.

ورواه الدارمي (٣٣٠٠) عن هشام، عن أبيه: أنّ الزّبير جعل دوره صدقةً على بنيه، لا تباع، ولا تورّث، وأنّ للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرةٍ، ولا مضارٍّ بها، فإن هي استغنت بزوجٍ فلا حقّ لها.

ورواه البيهقي في سننه (٦/ ١٦٦) عن هشام بن عروة: أنّ الزّبير جعل دوره صدقةً. قال: وللمردودة من بناته أن تسكن غير مضرةٍ ولا مضرٌّ بها، فإن استغنت بزوجٍ فلا شيء لها. قال أبو عبيدٍ: قال الأصمعيّ: المردودة المطلّقة.

وما أخرج عن عائشة بنت سعد بن أبي وقاص قالت: صدقة أبي حَبَشٌ لا تباع ولا توهب ولا تورث، وإن للمردودة من ولده أن تسكن غير مضرةٍ ولا مضرٌ بها حتى تستغني. الحديث.

وما أخرج عن عبد الرحمن بن الحارث، عن أبيه: أن خالد بن الوليد حبس داره بالمدينة: لا تباع ولا تورث.

وما أخرج عن يحيى بن عبد العزيز، عن أهله: أن سعد بن عبادة تصدق بصدقة عن أمه فيها سقي الماء، ثم حبس عليها مالاً من أمواله على أصله، لا تباع ولا توهب ولا تورث.

وما أخرج عن أبي سعاد الجهني قال: شهدت عقبة بن عامرٍ الجهني على دارٍ تصدّق بها حبساً، ولا تباع ولا توهب ولا تورث على ولده وولد ولده، فإن انقرضوا فعلى أقرب الناس مني حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

وما أخرج عن أبي سودة قال: شهدت أبا أروى الدبنوري تصدّق بأرضه، لا تباع ولا تورث أبداً.

وما أخرج عن أسماء بنت أبي بكرٍ: أنها تصدقت بدارها صدقةَ حبسٍ لا تباع، ولا توهب، ولا تورث.

وما أخرج عن موسى بن يعقوب، عن عمته، عن أمها قالت: شهدت صدقة أم سلمة زوج النبي ﷺ صدقة حبساً لا تباع ولا توهب.

وما أخرج عن عبدالله بن بسر قال: قرأت صدقة أم حبيبة بنت أبي سفيان زوج النبي ﷺ التي بالغابة، أنها تصدقت على مواليها وعلى أعقابها وأعقاب أعقابهم حبسٌ لا يباع ولا يوهب ولا يورث.

وعن منيب المزني قال: شهدت صدقة صفية بنت حيي بدارها لبني عبدان صدقة حبساً لا تباع ولا توهب ولا تورث حتى يرث الله الأرض ومن عليها. شهد على ذلك نفرٌ من أصحاب رسول الله ﷺ.

وأمّا شرط أبي يوسف: فعلى هلالٍ [٨٧/ ب] الرّاوي تلميذ أبي يوسف في كتابِ وقفه في باب الرجل يقف الأرض على أن يبيعها. قلت: أرأيت لو كان صدقةً موقوفةً لله إبراءً، ولم يشترط أن يبيعها، أله أن يبيعها أو يستبدل بها ما هو خيرٌ منها؟. قال: لا يكون له ذلك إلا أن يكون شَرَطَ البيع، وإلا فليس له أن يبيع. قلت: ولم لا يجوز ذلك وهو خيرٌ للوقف؟! قال: الوقف لا يطلب به التجارة ولا يطلب به الأرباح، وإنما سميت وقفاً لأنها لا تباع، وإنما جوزت ذلك إذا شرطت في غيره الوقف؛ لأنّ الواقف إنما وقف على مثل ذلك، ولو جاز له بيع الوقف بغير شرطٍ كان في أصله، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف، فيكون الوقف يباع في كل يومٍ، وليس هكذا. قلت: أرأيت لو كانت الأرض الموقوفة سبخةً لا ينتفع بها. قال: وإن كانت سبخةً لا ينتفع بها، ليس له أن يبيعها؛ إلا أن يشترط ذلك.

وفي الخلاصة: ثم ليس له أن يستبدل الثانية بأرضٍ ثالثةٍ؛ لأنّ هذا الحكم يثبت الشرط والشرط وجد في الأولى دون الثانية، وصرّح به في وقف الخصاف.

وذكر أنه إذا أراد ذلك أن يكون لـه مراراً كان له ذلك بأن يجعله شرطاً في أصل الوقف. وهكذا فعله الإمام أبو بكر **الخصّاف** في كتاب وقفه.

وذكر الإمام أبو عبـدالله محمد بن عبدالله الأنصاري البصري صاحب زفر في كتاب وقفه، وكذا الإمام **رشيد الدين سعيد** في مختصره، وقال في

جزء: إنه الأكمل ولو لم يشترط البيع في الوقف، لا يصح بيعه ولا استبداله، وإن كان الثاني خيراً من الأوّل.

وقال في الذخيرة والخلاصة وقاضي خان وغيرهم: إنّ هذا قول أبي يوسف وعليه الفتوى.

وأمّا إذا لم يشترط الواقف ذلك.

وفي أدب القاضي لأبي بكر الرازي: وإن لم يشترط ذلك. قيل: للقاضي ولاية الاستبدال إذا رآه مصلحةً في رواية عن أبي يوسف. وليس لغير القاضي.

وقيل: ليس للقاضي ذلك.

وقال في الفتاوى التتارخانية(1): أما بدون [٨٨/ أ] شرطٍ.

أشار في السير: إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك.

وأمّا شرط محمّد:

فقال في الذخيرة، عن محمّدٍ: إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيِّمُ يجد بثمنها أرضاً أخرى أكثر ريعاً، له أن يبيع بها هذه الأرض، ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً.

وقال قاضي خان: روي عن محمّدٍ: إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيِّمُ يجد بثمنها أرضاً أخرى، وهي أنفع للفقراء وأكثر ريعاً، كان له أن يبيع هذه الأرض ويشتري بثمنها أرضاً أخرى(2).

---

(1) للإمام الفقيه عالم بن علاء الحنفي. مرّ الكلام عنها.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٤/ ٣٢٧ و٣٢٨ و٣٨٥) والمحيط (٥/ ٧٣٨).

وعلى هذا: تواردت عبارة المصنفين.

وأمّا الرواية الأخرى عن محمّد فقال في المنتقى، عن محمد: إذا صار الوقف بحالٍ لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره. وليس ذلك إلاّ للقاضي.

وقال في شرح السير الكبير: وعن الحسن البصري: لا بأس أن يستبدل بالحبس من علةٍ بهِ. ويكره من غير علةٍ؛ لأنّ من حبسه رضي بحبسه لا بالاستبدال.

وأمّا إذا كان بِغَلّةٍ، فإنّ قولهم: زوالها كالمرض. كره الاستبدال به عند أبي يوسف ومحمد.

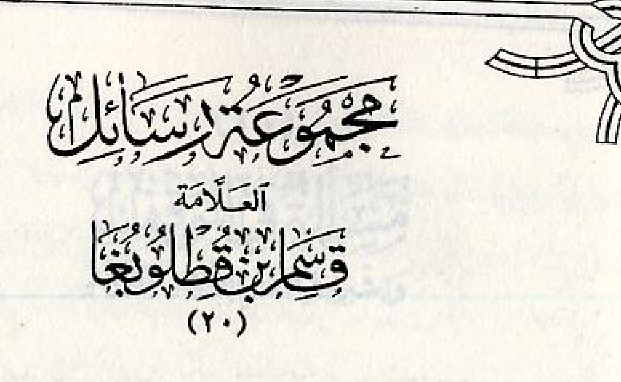
وعند أبي حنيفة: لا يكره؛ لأنّ الحبس عنده غير لازمٍ حتى جاز البيع والرجوع عنه.

فكذا الاستبدال. وعندهما لازمٌ ليس لصاحبه أن يبيعه بعدما مرضَ.

فكذا ليس لغيره إلاّ أن يصير بحيث لا يتوهم زوال العلّة نحو إن صار بحالٍ لا يستطاع القيام عليه أو كبرَ، فلا بأس بأن يباع ويشترى بثمنه حبساً مكانه إن أمكن تحصيلاً لغرض الحابس، وإلاّ غُري بالثمن عن صاحبه.

وأمّا أن الرواية المطلقة مقيّدة بما ذكرت، فلما صرحوا به من أنّ الوقف لا يطلب به الاسترباح، وأن ليس الوقف.

□□□



مسألة في الوقف

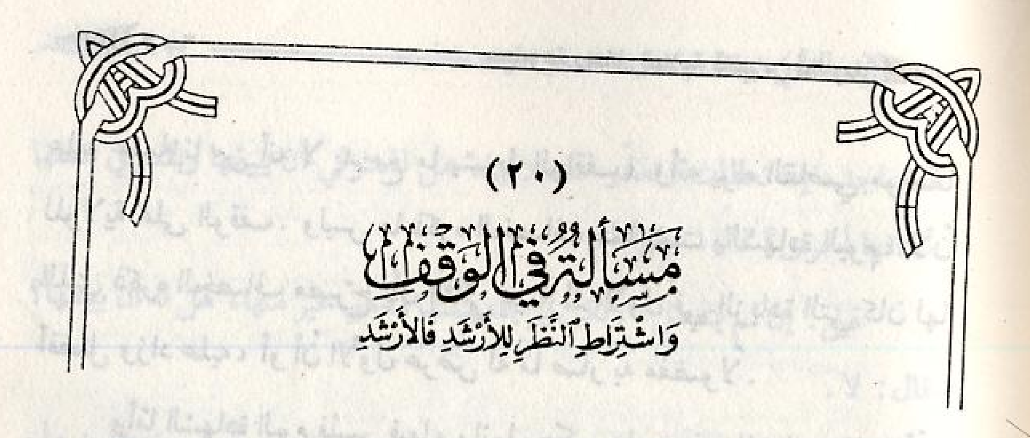
واشتراط النظر للأرشد فالأرشد

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى



(٢٠)

مسألة في الوقف

واشتراط النظر للأرشد فالأرشد

قال ـ رحمه الله تعالى ـ:

وسئلت عن واقفٍ شرط أن يكون النظر للأرشد فالأرشد من أولاده وأولاد أولاده، وأثبتت بنت الواقف أنها أرشد الموجودين [٨٨/ ب]، وحكمَ لها بذلك، ثم بعد مدّةٍ أثبت ابن ابن الواقف أنه أرشد الموجودين، وحكم له أيضاً بذلك مع بقاء الحجة. فمن يستحق النظر أبنت الواقف لتقدم ثبوتها والحكم لها أو ابن ابن الواقف لوجود ثبوت الصفة المشروطة بعد ذلك؟ وهل يقاس على ما ذكره الخصّاف في أحكام الوقف؟.

قلت: فإن قال على أن ولاية هذه الصدقة إلى الأفضل فالأفضل من ولدي. وتولاها أفضلهم، ثم صار في ولده من هو أفضل من الذي تولاها الأوّل أو يشتركان. أفتونا مأجورين وابسطوا في الجواب.

فكتبت:

الحمد لله. ربّ زدني علماً.

لم نقف لعلمائنا ـ رحمهم الله تعالى ـ على كلام في ولاية الأرشد على الوقف، والرشد عنهما: صلاح المال، ولا شكّ إذ أرشد أفعل تفضيل. وفيه: لا بد أن يكون المفضل والمفضل عليه مما يصدق عليهما الاسم بالتواطؤ. ولأحدهما الزيادة فيه. هذا لصدق الاسم. وليس بكافٍ في الشرع كما نصّ

عليه علماؤنا من أنه لا بد مع ما يشرط الواقف، وأنه يراه القاضي موضعاً للولاية على الوقف. وليس ما ذكره الخصاف مما يثبت بالشهادة اليوم؛ لأنّ الذي ذكره الخصاف مصرّح بأن الثاني مشارك الأول في الزيادة التي كان لها أفضل وزاد عليه، أو أنّ الأول عرض له ما صار به مفضولاً.

وأمّا الشهادة اليوم فليس فيها، وإنما يحكم بها من غير إفصاحٍ، فلا يتأتّى العمل بها إلاّ على قول بعض متأخري الشافعية من أن حكم الأول مستصحب إلى صدور الثانية، فيعارضها الثانية إلى آخرها.

قال: وإنما قلت: بأنه يحكم بالشهادة من غير إفصاحٍ؛ لأنّ الشهادة بالأرشدية يحتاج إلى يكون الأولاد وأولاد الأولاد محصورين معلومين حتى يكون المشهود له أرشد من باقيهم.

ومن شرط الدعوى: سماع البينة في وجه الخصم. فالخصم قد يكون أجنبياً لمطالبته بالأجرة ونحوها. فلا يكون إثبات الأرشدية بكون الخصم [٨٩/ أ] أحد الأولاد وأولاد الأولاد، فيكون إثبات الأرشدية والنظر متصور ولتقديمه على قرابته المشاركة له في الولاية. فإذا قامت بينة أخرى بالأرشدية لغيره فلا بد من تصريحها بأن هذا أمر تجدد وحينئذٍ يصير كما قال الخصاف.

والله أعلم.

* * *

* **صورة سؤال ورد على الشيخ ـ رحمه الله ـ من دمشق:**

الوقف في الشرع ما يباع في كلّ يومٍ عند وجود ما هو أصلح منه، ولما سمعت من عدم جواز بيع حبس به علةٌ يرجى زوالها إلخ.

وقال في الفتاوى الظهيرية: سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف

المساجد، إذا تعطلت وتعذّر استغلالها، هل للمتولي أن يبيعها ويشتري بثمنها مكانها أخرى؟ قال: نعم[1].

قيل: إن لم يتعطل، ولكن يوجد بثمنها ما هو خيرٌ منها، هل له أن يبيعها؟

قال: لا.

قال: ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل، ولم يجوز الاستبدال. وهكذا حكي عن شمس الأئمة السرخسي. وإليه رجع الظهير.

ويؤيد صحة هذا: ما ذكر قاضي القضاة فخر الدين أبو عمر عثمان بن إبراهيم التركماني النفي في جواز الاستبدال، فإني وإن كنت أعتقد صحته حين يتعطل الوقف أو يؤل إليه لو ترك على حاله لما فيه من إحيائه وإبقائه مع استقرار البيع للموقوف عليهم، وتحصيل غرض الواقف.

اعلم: أن بهذا الحق يتوصلون إلى الباطل. انتهى.

فصار الحاصل المنع، والجواز بشرط أن يشترطه أو حصول خللٍ لا ينجبر بما ذكر من عمارته بأنه بمال من له المنفعة أو بإجارته أو استدامة لا وجود راغبٍ بما هو أنفع من غير ضرورةٍ في الوقف. فقد صح أن ما اعتمده في الاستبدال مسوّغاً ليس بمسوّغ عند من يرى صحة الاستبدال، وحيث لم يوجد المسوغ بطل ما ابتنى عليه. وقد وجهوا المنع بظاهر الحديث المتقدم.

والجواز عند الاشتراط بما قال في المحيط: قال أبو يوسف: إن اشتراط

---

(١) انظر مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣١/ ٢١٢ ـ ...) رسالة في إبدال الوقف، فإنها جديرة بالقراءة.

الاستبدال شرطٌ يقتضيه العقد؛ لأنه ربما تقع الضرورة إليه؛ لأن الأرض ربما لا يخرج منها بما لا يفضل من المُؤنِ فيؤدي إلى أن لا يصل في الموقوف عليهم [٨٩/ ب] شيءٌ لفسادٍ يحدث في الأرض وتكون الأرض الأخرى أصلح وأنفع للموقوف عليهم. فلهذه الضرورة جوّزنا شرط الاستبدال في الوقف.

ومحمّدٌ جرى على أصله: من أنّ اشتراط شيءٍ للوقفِ يمنع الخلوص على ما عرف في موضعه، فلم يعتبر هذا الشرط، ووجه له: بأنّ في بيع ما ضعف من الوقف واستبداله بغيره عين مصلحته، ومراعاة بقائه، وإن أُخّر حتى انعدمت منفعته بالكلية، ربما لا يرغب أحدٌ في شرائه ألبتّة، فيؤدي إلى استهلاكه وتعطيل منافعه. وفيه: إضاعة المال المنهي عنه شرعاً.

فإن قلت: النصوص المتقدمة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه.

قلت: راوي الأصل قد أجاز النقل.

فروى صالح بن أحمد بن حنبل، عن أبيه، ومن جهته: رواه الخلال.

وعنه: رواه أبو بكر، عن القاسم قال: لما قَدِمَ عبدُاللهِ بنُ مسعودٍ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وكان سَعْدُ بنُ مالكٍ قَدْ بَنَى الْقَصْرَ، واتّخذ مسجداً عند أصحاب التَّمْرِ(١)، قَالَ: فَنَقِبَ بَيْتُ المَـالِ، فَأخَذَ الرّجلَ الّذي نَقَبَهُ. فكتبَ إلى عمرَ ابن الخطّاب، فكتب عمر: أن لا يقطع الرّجـل، وانقلِ المسجدَ، واجعـل بيتَ المالِ في قبلته، فإنّه لا يزال في المسجد مصل. فَنَقَلَهُ عبدُاللهِ، فَخَطّ له هذه الخطة(٢).

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (النمر).

(٢) هذا الأثر غير مـوجود في مسائل صالح المطبوعة، لعلـه بسبب وجود سقط في المخطوطة.
=

= ورواه الطبراني في الكبير (٨٩٤٩) قال: حدثنا علي بن عبد العزيز، حدثنا أبو نعيم، حدثنا المسعودي، عن القاسم قال: قدم عبدالله وقد بنى سعد القصر، واتخذ مسجداً في أصحاب التمر، فكان يخرج إليه في الصلوات، فلما ولي عبدالله بيت المال، نقب بيت المال، فأخذ الرجل، فكتب عبدالله إلى عمر، فكتب عمر: أن لا تقطعه، وانقل المسجد، واجعل بيت المال مما يلي القبلة، فإنه لا يزال في المسجد من يصلي، فنقله عبدالله، وخط هذه الخطة، وكان القصر الذي بنى سعد شاذر، وإن كان الإمام يقوم عليه، فأمر به عبدالله فنقض حتى استوى مقام الإمام مع الناس. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/ رقم ١٠٦٥٤): رواه الطبراني، والقاسم لم يسمع من جده، ورجاله رجال الصحيح.

وروى الطبري في التاريخ (٢/ ٤٧٩) قال: كتب إليّ السري عن شعيب عن سيف عن محمد وطلحة والمهلب وعمرو وسعيد في قصة طويلة فيها: (. . . وقد بنى سعد في الذين خطوا للقصر بحيال محراب مسجد الكوفة اليوم، فشيده وجعل فيه بيت المال وسكن ناحيته، ثم إن بيت المال نقب عليه نقباً وأخذ من المال، وكتب سعد بذلك إلى عمر، ووصف له موضع الدار وبيوت المال من الصّحن مما يلي ودعة الدار، فكتب إليه عمر أن انقل المسجد حتى تضعه إلى جنب الدار، واجعل الدار قبلة، فإن للمسجد أهلاً بالنهار وبالليل، وفيهم حصن لما لهم فنقل المسجد، وأراغ بنيانه. . .) وإسناده واهٍ، لا يصح.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية كما في مجموع الفتاوى (٣١/ ٢١٥ ـ): قال أبو بكر عبد العزيز في الشافي الذي اختصر منه زاد المسافر: حدثنا الخلال، حدثنا صالح ابن أحمد، حدثنا أبي، حدثنا يزيد بن هرون، حدثنا المسعودي، عن القاسم قال: لما قدم عبدالله بن مسعود رضي الله عنه على بيت المال، كان سعد بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجداً عند أصحاب التمر، قال: فنقب بيت المال، فأخذ الرجل الذى نقبه، فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر: أن لا تقطع الرجل، وانقل المسجد، واجعل بيت المال في قبلته، فإنه لن يزال في المسجد مصل، فنقله عبدالله، فخط له هذه الخطة. قال صالح: قال أبي: يقال: إن بيت المال نقب من مسجد الكوفة، فحوّل عبدالله بن مسعود المسجد، فموضع التمارين اليوم في موضع المسجد =

= العتيق. قال: وسألت أبي عن رجل بنى مسجداً، ثم أراد تحويله إلى موضع آخر؟ قال: إن كان الذي بنى المسجد يريد أن يحوله خوفاً من لصوصٍ، أو يكون موضعه موضع قذر، فلا بأس أن يحوله، يقال: إن بيت المال نقب، وكان في المسجد، فحول ابن مسعود المسجد. حدثنا محمد بن علي، حدثنا أبو يحيى، حدثنا أبو طالب: سئل أبو عبدالله: هل يحول المسجد؟ قال: إذا كان ضيقاً لا يسع أهله، فلا بأس أن يجعل إلى موضع أوسع منه. حدثنا محمد بن علي، حدثنا عبدالله بن أحمد قال: سألت أبي عن مسجد خرب، ترى أن تباع أرضه، وتنفق على مسجد آخر أحدثوه؟ قال: إذا لم يكن له جيران، ولم يكن أحد يعمره، فلا أرى به بأساً أن يباع وينفق على الآخر. حدثنا محمد بن عبدالله، حدثنا أبو داود قال: سمعت أحمد سئل عن مسجد فيه خشبتان لهما قيمة، وقد تشعثت، وخافوا سقوطه، أتباع هاتان الخشبتان، وينفق على المسجد، ويبدل مكانهما جذعين؟ قال: ما أرى به بأساً، واحتج بدواب الحبيس التي لا ينتفع بها، تباع ويجعل ثمنها في الحبيس.

ولا ريب أن في كلامه ما يبين جواز إبدال المسجد للمصلحة، وان أمكن الانتفاع به؛ لكون النفع بالثاني أكمل، ويعود الأول طلقاً. وقال أبو بكر في زاد المسافر: قال أحمد في رواية صالح: نقب بيت المال بالكوفة، وعلى بيت المال ابن مسعود، فكتب إلى عمر بن الخطاب ﷺ، فكتب إليه عمر: أن انقل المسجد، وصيّر بيت المال في قبلته، فإنه لن يخلو من مصل فيه. فنقله سعد إلى موضع التمارين اليوم، وصار سوق التمارين في موضعه، وعمل بيت المال في قبلته، فلا بأس أن تنقل المساجد إذا خربت. وقال في رواية أبي طالب: إذا كان المسجد يضيق بأهله، فلا بأس أن يحول موضع أوسع منه. جوّز تحويله لنقص الانتفاع بالأول لا لتعذره.

وقال القاضي أبو يعلى: وقال في رواية صالح: يحوّل المسجد خوفاً من لصوص، وإذا كان موضعه قذراً. وبالثاني قال القاضي أبو يعلى. وقال في رواية أبي داود: في مسجد أراد أهله أن يرفعوه من الأرض، ويجعل تحته سقاية وحوانيت، وامتنع بعضهم من ذلك؟ ينظر إلى قول أكثرهم. . .

وانظر مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (١٢/ ٤٥١ ـ ٤٥٢).

فإن قلت في هذا: إنه أمرَ بنقل المسجد، ولم يكن متعطلاً، فينفذ ما يدّعيه بعض الحنابلة.

قلت: بل فيه إشارة إلى تعطيله، فإنه علل بأنه لا يزال في المسجد مُصَلٍّ.

فلو كان الأوّل كالثاني لما صحَّ هذا التعطيل، غير أن التعطيل قد يكون من الجماعة وإن كان باقياً على أصل بينته.

وقد يكون بسبب خراب بعضه أو غير ذلك. والله أعلم.

وهاهنا **مسألةٌ مهمّةٌ** وهي: ما إذا وجد مسوّغ البيع والاستبدال فباعه بثمنٍ يتغابن الناس فيه جازَ البيع، وإن كان لا يتغابن الناس فيه، فالبيع باطلٌ نصّ عليه في التتارخانية[1] وغيرها.

وهاهنا مسألة أخرى: قال في القُنْيَة للعلامة[2] نجم الأئمة البخاري: مبادلة دار الوقف بدارٍ أخرى إنّما يصحُّ إذا كانتا في محلَّةٍ واحدةٍ، أو يكون [٩٠/أ] محلَّةُ المملوك خيراً من محلِّهِ الموقوف، وعلى عكسه لا يجوز، وإن كانت المملوكة أكثر مساحةً وأكثر قيمةً وأجرةً لاحتمال خرابها في أدوَنِ المحلَّتين لدناءتها وقلّة رغبات النَّاس فيها[3].

(١) للإمام الفقيه عالم بن علاء الحنفي. مرّ الكلام عنها.

(٢) تحرف في المخطوط إلى: (بعلامة). وهو الشيخ الإمام، أبي الرجاء، نجم الدين مختار بن محمود الزاهدي الحنفي، المتوفى سنة ٦٥٨هـ صاحب كتاب قنية المنية على مذهب أبي حنيفة.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٤/ ٣٩٦) ومجمع الأنهار في شرح كنز الدقائق (٥/ ٤٥) ورد المحتار (١٧/ ٣٣٥).

ومسألة أخرى: وهي ما شرط الواقف أن لا يباع ولا يستبدل به، ولا يناقل إلخ.

فعلى قول من لا يجوّز الاستبدال هاهنا من باب أولى.

وكذا على قول من لا يجوّز إلاّ إذا شرطه.

وأمّا على قول محمّدٍ: فينبغي أن يجوّز الاستبدال؛ لأنه تعارض فيه شرط الواقف ومصلحة الوقف. ومصلحته مقدّمٌ، كما إذا شرط أن لا يؤجّر أكثر من سنةٍ أو شَرَط أن لا يخرج عن النّاظر، وطرأ[1] عليه ما يوجب إخراجه.

نصّ على الأوّل في الفتاوى الفيريقية، وعلى الثاني الكافي. والله أعلم.

ثم أوقفني على أجرته أهل العصر من علمائنا الحنفية، فأجرها صورته هكذا:

الاستبدالات الواقعة في هذا العصر لا يكاد يوجد فيها شيءٌ من الشروط عند من يرى جوازها لا سيّما بخبر المقوّمين الذين لا ينظرون إلى البدل والمبدل عنه، فضلاً عن تقويم منفعته، ورعاية جانب الوقف.

وإذا تبيّن أن لا غبطة في الاستبدال حين وقوعه ببينةٍ معدّلةٍ سراً وجهراً عارضه لذلك نظر في أمر البينة المسوّغة لوقوعه.

ومما يقوي النظر في أمرهم مما ذكر من الموانع الواقعة في البدل المفضية إلى سلب الانتفاع رأساً.

هذا ولا يمنع المستحقين الطلب واسترجاع حكم الحاكم.

وعند تعذّر العقد يراعى المقصود من ذلك بما يحصل به لجهة الوقف

(١) في المخطوط: (طوى).

ريعٌ مستمرٌ ولا يضرُ. والحالة هذه.

ثانيها: إذا تبينَ وتحقق بالشهادة المفيدة للعلم، وتصور القطعة الأرض عن قيمة المُقَرّ به وتفاوت ما بينهما التفاوت الفاحش الذي لا يختلف فيه المقومون، ولا يتوقف فيه النّاظرون. فهذا دليلٌ على كذب المقوم في تلبيسهم الأمر على الحاكم [٩٠/ب] الذي حكم بالغبطة فلا يعمل بتلك الشهادة، ولا بما يترتب عليها، وإنما ينشأ من التقصير بعدم الاستقصاء بطل شروط الحكم أو بالاجتراء مع العلم بفوات الشروط أو بعضها فيجب على من تحقق ذلك أن يبني الأمر على ما حقق وحصل به لإنفاذه لا على ما ليس وقرّه به على الحاكم أو حصل به الاجتراء في الأحكام.

ثالثها: عبارته: بطلان هذا الاستبدال إذا ثبت ما ذكر من عدم الغبطة والحظ والمصلحة على مذهب من لا يرى جواز الاستبدال في الوقف ظاهرٌ.

أمّا على مذهب من يراه، وكذلك لانتفاء شرط صحته عنده، فالواجب على من ثبت ذلك عنده من الحاكم إبطال هذا الحكم، وإعادة الوقف إلى أهله بطريق الشرع، فيثاب بذلك الثواب الجزيل. والله سبحانه وتعالى أعلم.

رابعها: هذا الاستبدال باطلٌ من وجوهٍ:

الأوّل: عدم المسوّغ فيه على قول من يقول بذلك.

الثاني: من جهة استهتار الشهود فيه.

الثالث: من جهة استهتار القاضي الذي حكم به.

الرابع: من جهة رغبة المستبدل فيه من حيث قال: إن القطعة التي هي البدل هي أكثر غلّةً وأقرب استبدالاً. فإذا كان كذلك فما الفائدة فيه: أن يعطي

بدلاً أكثر من ريع المستبدل. فهذا يدل على أنّ غرضه تلك القرية بهذه الحيازة.

الخامس: أن الملكية في البدل لم تثبت.

السّادس: أن المستفتي ذكر أن البدل كان مرصداً في ديوان الأحباس. والذي يرصد في ديوان الأحباس على شرف الزوال، فلا يجوز جعله وقفاً، ولا يبدل وقفٌ إلاّ بعد الشكر من بيت المال على الوجه الشرعي.

السّـابع: أن الاستبدال في المقر به ليس كالاستبدال في الدور؛ لأنّ الاستبدال في الدور على قول من يرى بذلك، خوفاً من أن يؤل إلى الخراب، أو كان فيه بعض خرابٍ، والقرية ليس كذلك. فإنّ أرضها لا تخرب أصلاً.

الثامن: ظهور على المقر به أكثر من البدل. يدلّ على تكذيب الشهود وتهوير الحاكم.

التاسع: ظهور [٩١/ أ] بعض القطعة المذكـورة خرساً، فإنّ هذا أيضاً من أقوى الوجوه ليبطل هذا الاستبدال.

العاشر: نزول الظلمة من الأجناد على القطعة المذكورة، وزرعهم فيها من غير أجرةٍ. فهذا الاستبدال باطلٌ من عشرة وجوه.

فالحكم فيه: أن ترد القرية المذكورة إلى وقفية واقفها، ويلغى ما ذكر في ذلك من الحظ والمصلحة، فلا حظّ ولا مصلحة في ذلك. وأمّا ريعها الذي حصل، فإنه مضمونٌ. والله أعلم.

خامسها: نعم هذا الاستبدال غير صحيحٍ. ولو حكم به، فإنّ الاستبدال في الوقف لا يصحّ على المذهب إلاّ في رواية عن أبي يوسف بشرط حصول الغبطة للوقف وأن يكون برأي القاضي وتدبيره.

فأيّ غبطةٍ في هذه الصورة المنصوصة أعلاه المشتملة على فاحش الغبن، بل على إعدام جهة الوقف. فالقرية واقعة على حكم الوقف ولا عبرة بمثل هذا الاستبدال ولا معوّل عليه.

ولو حكم به مع اختلال شروطه، وكذب شهوده، وعدم القرية للاستبدال بمثل هذا البدل خصوصاً مع احتمال وقفيته فيتعين. ويجب على النّاظر السعي في رفع هذه المفسدة برفع أمره إلى الحكام وولاة أمور الاستبدال. ويتعين عليهم: إزالةُ هذا المنكر الشنيع، ويثابون على ذلك الثواب الجزيل ويصيرون شركاء الواقف في الأجر بالمساعدة في استرجاع القرية إلى مستحقيها.

وليس للنّـاظر طلب عوضٍ عن القطعة المذكورة من أرضٍ أو بنـاءٍ أو ما يقوم مقام ذلك، ففيه تقريرٌ للفساد. والله الموفق للعباد.

سادسها: إذا ظهر يقيناً كون البدل دون الوقف، ظهر أنْ(١) لا أثرَ لذلك الحكم، كما لو حكم بموتِ رجلٍ، فجاء حياً، وإن لم يظهر الغبن فيه، فإن كان الواقف شرط أن يستبدل به إذا شاء المتولي أو كانت القرية ضعف نزلها وتوجه إليها الخراب جاز الاستبدال وإن لم يكن واحداً إلا من أمرين لم يجز، وعلى النّاظر [٩١/ ب] أن يخاصم في رفع ذلك. والله أعلم.

وقال: ظاهر الأوّل: أنه يكتفي بشهادةٍ إذا كانوا عدولاً ولا عارفين في أنّ المبدل له أكثر قيمةً ويكون ثبوت هذا مسوّغاً وهو خلاف ما نقلته لي من الكتب الذي سميت، فمن أين هذا؟.

قلت: لا أعلم إلا ما نقلت لك. وعليك من تتبع الكتب وعنـدك من

---

(١) في المخطوط تحرفت إلى: (إذ).

الأهلية ما يكفيك في معرفة الحق.

قال: وظاهر قوله: وإذا تبين أن لا غبطةَ ببينة معدلة إلى آخره.

إنّ طريق إبطال هذا الاستبدال معارضة البينة التي حكم بها في الاستبدال ببينةٍ أخرى يشهد أن لا غبطة. وترجّح هذه البينة بثبوت ما ذكر في السؤال وهو خلاف قواعد الشرع من أنها شهادة في معارضة إثبات مؤيدة بحكمٍ. فكيف تسمع، ثم يطلب ترجيحها.

وأيضاً: وإذا ثبتت الموانع التي أشار إليها أثبت كذب الشهود المسوّغ. وبطل الحكم المبني عليها، فأيّ حاجةٍ بعد ذلك إلى بينةٍ لا تسمع في الشرع.

قال: وقوله: عند تعذّر العود. كيف يتصوّر هذا التعذّر فيما ذكر.

قلت: ولا أنازع أهل الفتوى في معلوماتهم، وإنّما أذكر ما أعلمه.

قال: وقول الثاني: إذا تبين إلخ. ظاهرٌ في أنّ طريق إبطال هذا الاستبدال أن يحمل القاضي إلى القطعة المستبدل بها ليشاهدها ويكون من أهل الخبرة بقيمة الأراضي، ثم يقضي بعلمه أن هذه دون تلك ببطلان هذا الاستبدال مع معارضة هذا للحكم المتقدّم المعتمد على البينة المقبولة عند الحاكم.

وترجّح هذا. وفي هذا خلاف قواعد الشرع وعسر ظاهرٌ.

وقد لا يرضى القاضي بذلك فيضيع الحق، ثم هو مخالفٌ لقول المفتي الأوّل: إذا ثبت بالبينة مع كونهما مقلدي إمامٍ واحدٍ، ثم هو مخالفٌ لما نقلت لي من الكتب الذي سميت: أنّ الشرط ما ذكرت.

قلت: تقدم جوابي في مثل هذا، وأنت [٩٢/ا] غنيٌّ عن إعادته.

قال: فما معنى قوله: وإنّما ينشأ ذلك . . . إلخ؟.

قلت: علمي وعلمك فيه سواء، بل ينبغي أن تكون أجد مني بعلم ذلك، فإنك قد باشرت الأحكام زماناً مع دوام الدروس والمطالعة.

قال: وما الحاجة إلى قول الثالث ببطلان هذا الاستبدال إلى قوله: أمّا على مذهب من يراه، فكذلك؟.

قلت: تقدّم جوابي عن مثل هذا في الجواب الأوّل.

قال: وقوله: لانتفاء شرط صحّته عنده ظاهرٌ في أنّه لو كان حكم القطعة كما ذكر شهود الاستبدال كان صحيحاً، وهو خلاف ما نقلت لي من الكتب التي سميت.

قلت: تقدّم الجواب. والله أعلم بالصّواب.

قال: فما معنى قوله: إبطال هذا الحكم؟.

قلت: أن يحكم بأن ذلك باطلٌ لعدم شرط صحّته.

قال: فما معنى قوله: وإعادته إلى أهله بالطريق الشرعي؟.

قلت: تمكينهم منه بسبب حكمه بإبطال الحكم الأوّل.

قال: قول الرابع هذا الاستبدال باطل الأول، عدم مسوّغٍ فيه.

يدلُّ على أنه لو كانت القطعة المذكورة، كما ذكر الشهود.

ويصح الاستبدال وهو خلاف ما نقلت لي من الكتب التي سمّيت.

قلت: قد علمت جوابي، ولا أزيدُ عليه.

قال: قوله الثاني من جهته استهتار القاضي ما معناه.

قلت: الإفصاح على ما في كلٍّ جرى مما يقع للناس، فتح باب معاداتهم، ولا حاجة لي في ذلك، بل لم أزل سلماً للكل. والله أعلم

قال: قوله الرابع: من جهة رغبة المستبدل إلى آخره.

يقتضي: أن أحداً لا يستبدل وقفاً بما هو أنفع منه. فكيف نصّ الفقهاء على ما لم يقع.

قلت: أنت خبيرٌ بعدم حصر القرض في الاسترباح، فلا يحتاج إلى الجواب عن مثل هذا.

قال: فما الفرق بين الخامس والسادس؟.

قلت: هو مثل ما بين الأوّل والثاني.

قال: فما قوله بعد الشراء من بيت المال فيما هو وقفٌ محبس على معنى؟.

قلت: مثلك لا يسأل عن معنى هذا أو صورته إذا مات يستحقه من ديوان الأحباس. وعادت الأرض إلى بيت المال، ثم ثبت والعياذ بالله حاجة بيت المال إلى بيع هذه الأرض فاشتراها، استحقوا، ثم لما ملكها تستبدل [٩٢/ ب] بها وقفاً.

قال: قوله: الاستبدال في القرية ليس كالاستبدال في الدور. إنّ الاستبدال في الدور خوفاً من أن تؤول إلى الخراب.

والقرية ليست كذلك؛ لأنّ أرضها لا تخرب أصلاً مخالفٌ لما نقلت لي عن محمّدٍ من قوله: وإذا ضعفت الأرض الموقوفةُ عن الاستغلال. إلخ.

ولما في السؤال من قوله: في الأرض البدل بعضها خرسٌ إلى غير ذلك. فكيف قال هذا.

قلت: ـ والله أعلم ـ بما يصوّره من معنى خراب الأرض.

قال: قوله: التاسع: ظهور بعض القطعة المذكورة خرساً كيف يكون هذا الظّهور؟.

قلت: على قول المعنى الأوّل بالبيّنة على قول المفتي الثاني بالمشاهدة وظاهرها مشاهدة الحاكمِ.

قال: قوله: إن نزول الظَّلَمَة في الأرض وزرعهم إياها بغير أجرةٍ كيف مبطلاً للاستبدال؟.

قلت: لعلّه أراد: أن بهذا يمتنع تسليم البدل. والله أعلم.

فالأبعد: التسليم. وهي مما يصح الاستبدال بها، لا يبطل الحكم بسبب تعدي متعدٍ على ذلك.

قال: فما معنى قوله: فالحكم فيه: أن ترد القرية إلى وقفية واقفها. وأنت

قلت: فالقرية المذكورة وقفٌ على ما كانت عليه.

قلت: معناه: أن يجري عليها حكم الوقف. والله أعلم.

قال: وقول الخامس: الاستبدال لا يصحّ علي إلا في رواية عن أبي يوسف بشرط حصول الغبطة. إلخ. مخالفٌ لما نقلت لي عن قول أبي يوسف من الكتب التي سميت.

قلت: لا. بل هو مطابقٌ بالمعنى لظاهر الرواية التي نسبت لأبي يوسف وهي التي نقلتها لك عن قاضي خان حيث قال:

وأمّا بدون الشرط: أشار في السير إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك. وهي التي نقلها أبو بكر الرازي في أدب القضاء حيث قال: وإن لم يشرط. قيل: للقاضي ولاية الاستبدال إذا رآه مصلحةً في

روايةٍ عن أبي يوسف. وقد علمت: أن أحداً من أهل هذا القطر لا يشترط الاستبدال في وقفه بل ربما ينص على عدمه. فلهذا قال المفتي: إنه لا يصح إلا على رواية عن أبي يوسف إلخ.

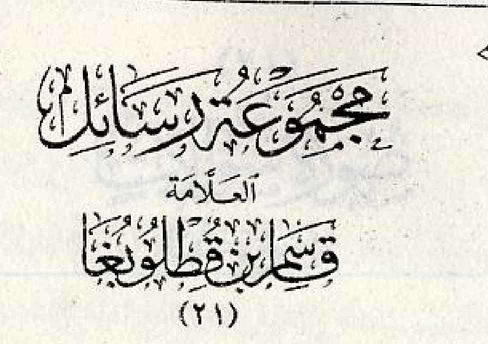
لكن هذا إذا حصل في الوقف خلل كما قدمت لك، فهذه الرواية في المعنى [٩٣/أ] مطابقةٌ لرواية هشام عن محمد كما نقلته لك عن المنتقى. والله أعلم.

قال: وأمّا الحاجة إلى قول السّادس: إذا ظهرَ يقيناً كون البدل دون الوقف ظهر أنْ لا أثرَ لذلك الحكم مع قوله: وإن لم يظهر الغبن فيه، فإن كان الواقف شرط أن يستبدل به إذا شاء المتولي أو كانت القرية ضعف نزلها، وتوجه إليها الخراب. جاز الاستبدال وإن لم يكن واحد من الأمرين، لم يجز. فإنّ في هذا تصريحات شرط الاستبدال كما ذكر. وهو مفقود فيما اعتمده الحاكم بصحة الاستبدال.

قلت: ذكر ذلك ليطابق السؤال، فإنّ في السؤال أنه تبين كذا وكذا.

فقال: إن كان هذا صحيحاً كان الحكم كذا. ثم أفاد من قبل نفسه تبرعاً في الجواب: أنه إن لم يكن ما ذكر في السؤال صحيحاً أو تعذّر ثبوته. فينظر: هل المسوّغ للاستبدال في نفس الأمر ثابتٌ أم لا؟ وأفاد ما هو المسوّغ في نفس الأمر وهو اشتراط الاستبدال عند أبي يوسف أو ضعف الوقف عما عليه من الربع والمُؤن، وتسارع الخراب على قول محمد. فهذا الجواب هو المشتمل على إصابة الصواب. والله أعلم.

❑ ❑ ❑



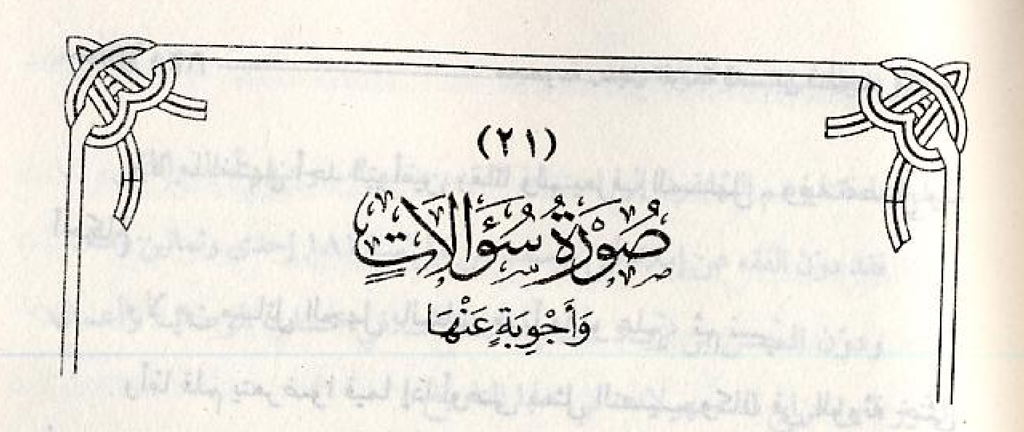
صورة سؤالات وأجوبة عنها

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى



ورد على الشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ من دمشق:

مَا تقولُ السّادة العلماء الحنفية أئمة الدين، وعلماء المسلمين رضي الله عنهم أجمعين في رجلٍ شافعي المذهب، عالمٍ بالفرائض، يرجع إليه في ذلك في بلده يقول: إنّ فرائض الحنفية ناقصة كثيراً مما نصّ عليه الجمهور من العلماء.

من ذلك: أنهم لم يذكروا في باب الموانع: أنّ الدور الحكمي مانعٌ أم لا؟ وقد نصّ عليه الجمهور.

ولم يذكروا في باب الردّ ما إذا كان في الورثة خنثى كأمّ وأختٍ لأبوين وخنثى لأب وزوجة وولد ابنِ خنثى وأم أختٍ لأبوين، وأختٍ وخنثى وأمّ وولديها وأختٍ وخنثى لأب.

ولم يذكروا في باب العول[1] ما إذا كان في الورثة خنثى مع مخالفة أبي يوسف لأبي حنيفة ومحمّد في صوابه.

ولم يذكروا في باب المناسخات اختصارها [٩٣/ ب] وهو من المهمّات.

ولا في باب الحمل ما إذا اختلف حال الحمل ومورثه في الدين ككافرٍ ماتَ عن كافرةٍ حاملٍ أو من غيره كزوجةِ ابنه، ثم أسلمت قبل الوضع.

(١) في المخطوط: القول، والصواب ما أثبت.

ولا ما استهل أحد التوأمين وماتا ولم يعرف المستهل. وفيه تفصيلٌ وله أحكامٌ.

ولا من مسائل الجهل بالسابق موتاً ما لو علمَ، ثم نسيَ.

وأمّا فلم يتعرضوا فيما إذا أوصى بمثل النصيب وكان في الورثة خنثى أو خناثى ولا دوريات الإقرار ولا دوريات الوصايا ولا العين[1] والدين، ولا ما إذا اجتمع وصيّه لوارثٍ ولغير وارثٍ في جنسٍ مع إطناب السلف والخلف في كيفية القسمة في أمثال لذلك مما نصّ عليه المصنفون من أرباب المذاهب. وطالعت الكثير فلم أجد عيناً ولا أثراً وراجعت الكثير، فلم أجد حسّاً ولا خبراً، بل غايته كلام لا نقل ولا تخريج.

هذا حاصل الكلام، وإن كانت العبارات مختلفة حتى اشتدّ بعض الناس.

ألا يـا تـابعي النعمـان نوحـوا
علـى علمـائكم وأبـدوا انتحابـا
فمـنهم قـد خـلا شـام ومـصر
فمعهـد فـضلكم أضحى خرابـا

أجاب الشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ:

الحمد لله، ربّ زدني علماً.

ليس الأمر كما زعم من نقص فرائضنا، وما ذكر من المسائل فموجودٌ في كتب علمائنا تنصيصاً وتأصيلاً، وغالب ما يوجد في كتب أئمة هذا القائل

(١) في المخطوط: (نعين) والصواب ما أثبت.

فمبلغ علمائنا وهم السّابقون إلى استنباط الفقه، وتدوينه. وعنهم أخذ واقتفى.

فقد دوّن الفقه عن إملاء أبي يوسف من قبل سنة ١٨١ إحدى وثمانين ومئة.

ودوّن الحسن بن زياد كتاب المقالات في حساب الوصايا وأعمال الدّور، وإخراج المجهولات في هذا التاريخ.

ودوّن عن إملاء محمد والحسن: كتاب الخنثى، وكتاب فرائض الخنثى، وكتاب الدّور، وكتاب حساب الوصايا، قبل ١٨٩ تسعٍ وثمانين ومئة.

وروينا في تاريخ الخطيب[1]، عن الشافعي أنه قال: أخذت عن محمّد ابن الحسن، وَقْرَ [بُخْتي] كتباً[2].

ورويناه في طبقات ابن سعدٍ[3]، عن الربيع وسليمان عنه [٩٤/أ].

(١) ترجمة الإمام محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني في تاريخ بغداد (٢/ ١٧٢).

(٢) قال الخطيب (٢/ ١٧٦): أخبرنا محمد بن أحمد بن رزق قال: أنبأنا عثمان بن أحمد الدقاق قال: أنبأنا محمد بن إسماعيل التمار الرقي قال: حدثني الربيع قال: سمعت الشافعي يقول: حملت عن محمد بن الحسن وِقْرَ بُخْتيّ كتباً. وانظر تاريخ الإسلام للذهبي (وفيات ١٨٩) (ص٣٥٩) والعبر له (١/ ٣٠٢) والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي (١/ ١٨٦).

وانظره أيضاً في تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١/ ٨١) وفيه: وقري بختي. وطبقات الشافعية لأبي إسحاق للشيرازي الفيروزآبادي (ص١٣٥) وفيه: وقر بعير، وكذا في وفيات الأعيان (٤/ ١٨٤).

(٣) لم أجده في الطبقات الكبرى لابن سعد. قال ابن سعد (٧/ ٣٣٦): محمد بن الحسن، ويكنى أبا عبدالله، مولى لبني شيبان، وكان أصله من أهل الجزيرة، وكان أبوه في جند أهل الشام، فقدم واسط، فولد محمد بها في سنة اثنتين وثلاثين ومئة، ونشأ بالكوفة، وطلب الحديث، وسمع سماعاً كثيراً من: مسعر، ومالك بن مغول، =

ورويناه في بيان المنتظم.

وقرأته على حافظ العصر أحمد بن علي بن حجر في كتاب الإنباء[1] من تصنيفه، وأجازني به في سابع عشر شهر رجب سنة خمسين وثلاثين وثمان مئة.

وروينا في تاريخ الخطيب[2]، عن إبراهيم الحربي[3]: قلت لأحمد بن حنبل: من أين لك هذه المسائل الدقاق؟ قال: من كتب محمد بن الحسن.

وكذلك رواه ابن الجوزي في المنتظم[4]، وفيه: رويناه من طريق الخطيب هذا.

= وعمر بن ذر، وسفيان الثوري، والأوزاعي، وابن جريج، ومحل الضبي، وبكر بن ماعز، وأبي حرة، وعيسى الخياط، وغيرهم، وجالس أبا حنيفة، وسمع منه، ونظر في الرأي، فغلب عليه، وعرف به، ونفذ فيه، وقدم بغداد فنزلها، واختلف إليه الناس، وسمعوا منه الحديث والرأي، وخرج إلى الرقة وهارون أمير المؤمنين بها، فولاه قضاء الرقة، ثم عزله، فقدم بغداد، فلما خرج هارون إلى الريّ الخرجة الأولى أمره، فخرج معه، فمات بالري سنة تسع وثمانين ومئة، وهو ابن ثمان وخمسين سنة.

(١) تحرف في المخطوط إلى: (الانبار). ولعله: كتاب إنباء الغمر بأبناء العمر.

(٢) (٢/ ١٧٧) قال: حدثني الخلال قال: حدثنا علي بن عمرو، أن علي بن محمد النخعي حدثهم قال: حدثنا أبو بكر القراطيسي قال: حدثنا إبراهيم الحربي قال: سألت أحمد بن حنبل قلت: هذه المسائل الدقائق من أين لك؟ قال: من كتب محمد بن الحسن.

وانظره في تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١/ ٨١ ـ ٨٢) والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي (١/ ١٨٦) وتاريخ الإسلام للذهبي (وفيات ١٨٩) (ص٣٦٠).

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (الخبري).

(٤) لم أجده في المطبوع من المنتظم.

وأما النقل بالمسائل المذكورة، فقال محمَّدٌ في الإملاء: ولو كانت للرَّجل عمَّةٌ أو مولى نعمةٍ[1]، فأقرَّت العمَّة أو مولى النِّعمة[2] بأخٍ للميِّت من أبيه أو بأُمِّه أو بعمٍّ أو بابن عمٍّ، أخذ المقرُّ [له] الميراث كلَّه، لأنَّ الوارث المعروف أقرَّ بأنَّه[3] مقدَّمٌ عليه في استحقاق ماله، وإقراره حجَّةٌ على نفسه. انتهى.

فلمَّا لم يكن في هذا دورٌ عندنا لم يذكر في الموانع وذكر في بابه[4].

حتى ذكر في الملقبات: قال في الإسفار: ومنها أدخلني أخرجك.

فذكر هذه المسألة.

وأمّا إذا كان مع الجد أخوة وفيهم خنثى فهذه المسألة مأخوذٌ حكمها مما أصّل الأئمة.

---

(١) في المخطوط: (عمة).

(٢) في المخطوط: (العمة).

(٣) في المخطوط: (بأن).

(٤) قال صاحب رد المحتار (٢٣/ ٢٣١): قالوا: إنّ الإقرار بنسبٍ على غيره يصحّ في حقّ نفسه، حتّى تلزمه الأحكام من النّفقة والحضانة لا في حقّ غيره، وقد رأيت المسألة منقولةً، ولله تعالى الحمد والمنّة في فتاوى العلاّمة قاسم بن قطلوبغا الحنفيّ، ونصّه: قال محمّدٌ في الإملاء: ولو كانت للرّجل عمّةٌ أو مولى نعمةٍ فأقرّت العمّة أو مولى النّعمة بأخٍ للميّت من أبيه أو أمّه أو بعمٍّ أو بابن عمٍّ أخذ المقرّ له الميراث كلّه؛ لأنّ الوارث المعروف أقرّ بأنّه مقدّمٌ عليه في استحقاق ماله وإقراره حجّةٌ على نفسه. اهـ هذا كلامه، ثمّ قال: فلمّا لم يكن في هذا دورٌ عندنا لم يذكر في الموانع وذكر في بابه. اهـ. وانظره أيضاً في حاشية رد المحتار (٦/ ١٧٨) وتكملة حاشية رد المحتار (٢/ ٣١٥).

فأبو حنيفة يحجب الأخوة بالجد، فلا يتوجه على قوله سؤال.

وعلى قولهما: إذا كانت المقاسمة خيراً للجد فكان حينئذٍ.

وكذا إذا استوى الثلث والقسامة.

وإن كان الثلث خيراً للجد فله الثلث. والباقي للأخوة كأن لم يكن جد، فإن كان معهم صاحب فرضٍ فله فرضه. والباقي على الحكم المعلوم بأن كان ثلث الباقي خيراً له. فله ذلك. والباقي بينهم، كأن لم يكن جد. وإن كانت القسامة خيراً فكما مرّ وإلاّ فله السدس الباقي. والباقي بينهم كأن لم يكن جد.

وأمّا باب العول: فالنقل فيه عن علمائنا في شرح العلامة محمود، عن الصّدر سليمان، مما أصّله عن محمد في الإملاء بلفظ: لو كان في مسائل الخنثى عولٌ كأبوين وبنتين وزوجة وهي المنبرية وأحد البنتين خنثى تعتبر الخنثى أنثى على قول أبي حنيفة؛ لأنه في حقّه ببابه أصلها على تقدير المذكورة من أربعة [٩٤/ ب] وعشرين. وتصحّ من اثنين وسبعين للأنثى منها ثلاثة عشر.

وعلى تقدير الأنوثة لها ثمانية من سبعة وعشرين وهي أقل من الأولى وعلى قولهما. تصحّ من أربع مئة واثنين وثلاثين للخنثى مئة واثنان وأربعون؛ لأنه لو كان ذكراً أخذ مئة وستة وخمسين.

ولو كان أنثى أخذ مئة وثمانية وعشرين. وذلك مئتان وأربعة وثمانون ونصفها ما ذكرناه. هذا نصّه.

وأمّا باب الردّ فنصّه فيه: لو كان في مسألةِ ردٌّ كأخ لأم وولد أب وأم خنثى وولد أبٍ على قول أبي حنيفة لولد الأب والأم النصف بيقين. ولولد الأم السدس بيقين، ثم إنّ ولد الأم يقول: إنّما اثنتان والمال مورود على خمسة

ولي خمس المال ومعي السدس. يبقى لي ما بين السدس والخمس وهو ثلاثة عشر سهم من ثلاثين. فهذا السهم يدعيه الثلاثة فيكون بينهم أثلاثاً يبقى من المال خمس وعشر. وذلك تسعة لا دعوى فيها لولد الأم، ويدّعيها ولد الأب والأم وولد الأب فيكون بينهما نصفين. فقد حصل مع ولد الأم خمس وثلث من ثلاثين ومع ولد الأب والأم تسعة عشر ونصف وثلث. ومع ولد الأب أربعة ونصف فاضرب مخرج الثلث والنصف في الثلاثين يكن مئة وثمانين. انتهى.

ولي فيه بحثٌ بيّنته في شرح مقدمة الفرائض للسيد.

ثم قال: وعلى القول بالأحوال لو كانا ذكرين، كانت من ستة، ولو كانا اثنين كانت من خمسة، فاضرب خمسة في ستة تكن ثلاثين، ثم في اثنين تصير ستين لولد الأم في حالة السدس.

وفي حالة الخمس خمسة وستة إحدى عشر من ستين والباقي لولد الأب والأم؛ لأنّ له في حالة خمس أسداس. وفي حالة: ثلاثة أخماس.

وإن اجتمع مع من يرد عليه كامرأة وولد وخنثى وولد ابن خنثى فصَحِّحْ مسألة الخنثيين، واعرف قسمة المال بينهما، ثم اجعل قسمة المال [٩٥/أ] من ثمانيةٍ لثمن المرأة، فأعطها منها واحداً يبقى سبعة أقسمِ على ما صحّت منه مسألة الخنثيين. انتهى.

فإذا عرفت نصوص علمائنا وطريق العمل عندهم خرجت المسائل التي مثل بها السائل على ذلك.

فالأولى: من خمسة عند الإمام. ومن اثنين وأربعين عند أبي يوسف.

والثانية: من ثمانية بلا خلاف.

والثالثة: من ستة.

والرابعة: كذلك عند الإمام، وعليه الفتوى.

ولا يخفى طريق العمل بعد تقدير الأصول.

وأمّا اختصار المناسخة: فبعض علمائنا فيها لفظه.

وأمّا قطع المناسخة وهي: أن تطلب الموافقة بين نصيب كل جنسٍ من ورثة الأموات جمعاً، فإن وجدت فخذ جزء الموافقة من نصيبه قبل القطع.

مثاله: مات وترك زوجة وأختاً لأبٍ وأم وجدّة وعمّاً، ثم الجدة ماتت وتركت ابناً الذي هو عم الميت فصار للعم ثلاثة وللزوجة ثلاثة وبين الثلاثة والستة موافقة بالثلث فصار للأخت سهمان وللعم سهمٌ، وللزوجة سهمٌ.

وأمّا إذا اختلف حال الحمل ومورثه في الدين فنصّ علماؤنا في ذلك المرتدة في ذلك وجاءت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر إلى ستين ورث.

وإن ولدت لأكثر منها لم يرث، فإنْ ارتدا معاً فولدت لأقل من ستة أشهر من حين الردة، ثم قبل الأب على الردة، ورث الصبي منه. وكذا لو مات المسلم عن امرأته الحامل فارتدت ولحقت بالدار وولدت فتبين أنه كان موجوداً قبل، تبين الدين ورث وإلاّ لا.

وأمّا استهلال أحد التوأمين فنصّ علماؤنا فيه.

مات عن ابنٍ وامرأةٍ حاملٍ فولدت ابناً وبنتاً أحدهما ميّت والآخر استهلّ، ولا يدرى أيّهما استهلّ فللمرأة الثمن وللابن النصف ما بقي. وللمستهلّ ثلث ما بقي، وما زاد على الثلث إلى النصف بينهما.

ولي في فيها بحثٌ جليل ....

مع السَّجاوَندي(١) والسّرخسي وحيدر(٢)، أوردته في **شرحي لمقدمة الفرائض** للسير، فمن أراد الوقوف عليه فليطالعه ثمّة.

وأمّا [٩٥/ ب] إذا علم السّابق موتاً في نحو المتوفّى، ثم علم، فنصّ علماؤنا فيه:

وإذا مات متوارثان أو أكثر في غرقٍ أو هدمٍ أو ازدحامٍ أو طاعونٍ أو تردٍّ أو قتالٍ ولم يعلم أيّ المتوارثين مات أوّلاً، وادّعت ورثة كلّ ميتٍ أنّ الآخرَ هو السّابق بالموت أو تعارضت بيّنتان أو مات أحدهما قبل الآخر أو أشكل السّابق أو علّمناه، ثم جهلناه، جعلوا كأنهم ماتوا معاً فمال كلّ واحدٍ لورثته إلاّ حياً. ولا يرث بعض الأموات من بعضٍ.

وأمّا إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة، وفيهم خنثى أو خناثى، فيعلم بما أصّلوه في ذلك وهو: أن يجعل الموصى له، إمّا زائداً على بني الميت حتى إذا كانوا ثلاثة كان له الربع، وقد ذكروا في هذا ما هو بالعطف. وما هو بالاستثناء في شرح الزيادات وغيره.

وأمّا دوريات الإقرار: فقال في **الإسعاد**: ويلتحق بالوصايا الأقارير.

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (الشجا وندي).
وهو المفسر، الفقيه، الفرضي، الحاسب، محمد بن محمد بن عبد الرشيد السجاوندي، الحنفي، سراج الدين، أبو طاهر، كان حياً حوالي ٥٩٦هـ وقيل مات في حدود سنة ٦٠٠هـ، من آثاره: السراجية في الفرائض، التجنيس في الحساب، رسالة في الجبر والمقابلة، عين المعاني في تفسير السبع المثاني، الوقف والابتداء، وذخائر نثار في أخبار السيد المختار ﷺ. كشف الظنون لحاجي خليفة (٣٥٣ و٨٥٢) والجواهر المضية للقرشي (٢/ ١١٩ و١٢٠) وهدية العارفين للبغدادي (٢/ ١٠٦).

(٢) لم أعرفه.

ويحتاج إلى معرفة ما فوق الكبير وما تحته إلى آخر الباب.

وأمّا دوريات الوصايا، فقد صنّف محمّدٌ فيه ونصّه: باب العين والدين:

وإذا مات الرّجل وترك ابنين له على أحدهما دين عشرة دراهم وترك عشرة دراهم عيناً ولا مال له غير ذلك، ولا وارث له غيرهما، فأوصى بالثلث، فإنّ الفريضة من ثلاثة إلى آخره وهو جزءٌ لطيفٌ.

وأمّا اجتماع الوصيين في الحبس فنقول[1]: على أن الحبس إن خرج من الثلث فما أصاب الوارث مما جعله له المحبس، قسم عليه وعلى بقية الورثة على قدر مواريثهم. وما أصاب غير الورثة سلم له، فإذا مات الوارث سلمت لمن ليس بوارثٍ على ما شرط المحبس.

وإذا كانت لا تخرج من الثلث يكون ثلثاها ميراثاً. والثلث على ما تقدّم.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأنشد الشيخ قاسم ـ رحمه الله تعالى ـ:

اللهَ أحمدُ إذْ أبقى لنا كتباً
حوت علوم سراج الأمة الوسط
هي الأوائل في التدوين قد برزت
من حوز فكرته المأمونة الغلط [٩٦/أ]
منها استمد الذي قد جاء بعد كذا
في كتبهم تُليت بالحرف والنقط

---

(١) في المخطوط: فقبول.

فمعهد الفضل معمور بها وبمن
قد حازها صدره حفظاً على النمط
فلا ينوح بلا شكرٍ لبارئنا
ونكثر الرّحمة السّحّاء على الفَرَط

والله سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *

* **فائدة:**

ذكر في النوادر في باب الغصب: المعتوه: من كان قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التّدبير، إلاَّ أنّه لا يَضْرِب ولا يشتم كما يفعل المجنون[1].

قيل في الحدّ الفاصل بين[2] المعتوه والمجنون والعاقل[3]:

إنَّ العاقل: من يستقيم كلامه وأفعاله، وغيره نادرٌ، والمجنون ضدُّه، والمعتوه: من يخالط كلامه وأفعاله، فيكون هذا غالباً، وذاك غالباً، فكانا سواء.

قيل: المجنون من يفعل هذه الأفعال لا عن قصدٍ، والعاقلُ [قد] يفعل

---

(١) رد المحتار (٢٥/ ١٣٥) وحاشية رد المحتار (٦/ ٤٣٧) ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٧/ ٢٧٤) وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦/ ١٧٣ و١٥/ ٢٦٣) والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢١/ ٧١) ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٧/ ٣٢٥).

(٢) تحرف في المخطوط إلى: (من).

(٣) انظره في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦/ ١٧٣).

ما يفعله المجانينُ في الأحايين، لكن لا عن قصدٍ ـ يعني: يفعلُ على ظنِّ الصَّلاح، والمعتوه من يفعلُ ما يفعلهُ المجانينُ في الأحايين، لكن لا عن قصدٍ ـ يعني: يقصد فعله مع ظهور الفسادِ ـ. والله سبحانه وتعالى أعلم.

❐ ❐ ❐

مجموعة رسائل

العلاَّمة

قاسم بن قطلوبغا

(٢٢)

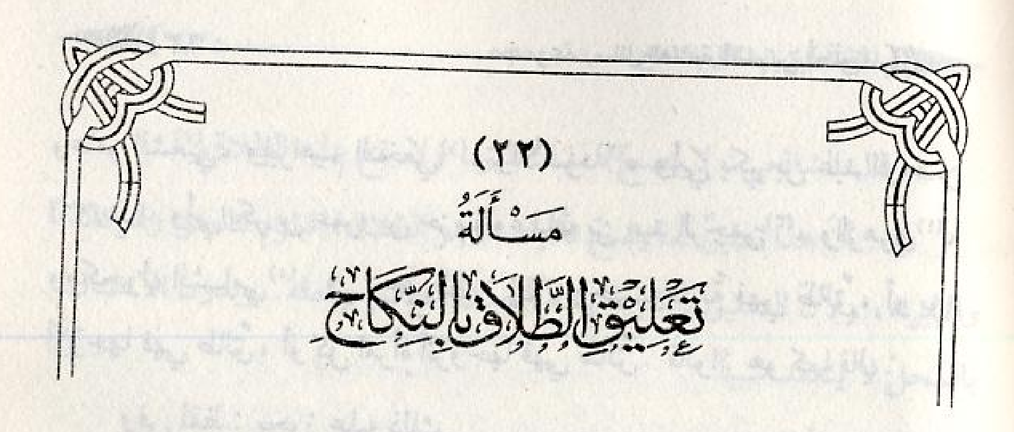
مسألة
تعليق الطلاق بالنكاح

تأليف

العلاَّمة قاسم بن قُطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢هـ والمتوفى سنة ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى



(٢٢)

مَسْأَلَةُ

تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ بِالنِّكَاحِ

قال - رحمه الله تعالى -:

هذا تعليقٌ على مسألة تعليق الطلاق بالنكاح لما سأصرّح به من إشكال بعض المصنفين، وخبط بعض العصريين إلى غير ذلك مما توهّم من عبارة بعض المشايخ. والله ولي التوفيق وهو حسبي ونعم الوكيل.

قال علماؤنا: إذا قال الرّجل لامرأةٍ: إن تزوجتك فأنت طالقٌ.

أو قال: إن تزوجت امرأةً فهي طالقٌ، أو كلّ امرأةٍ تزوجتها فهي طالقٌ، أو كلّما تزوجت امرأةً فهي طالقٌ. وقع الطّلاقُ عقيب النكاح. وهذا قول طائفةٍ من السلف.

روى ابن أبي شيبة في مصنّفه، عن سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب، والقاسم بن محمّد، وعمر بن عبد العزيز[1]، ....

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٧٨٣٥) قال: حدثنا عبدالله بن نمير وأبو أسامة، عن يحيى بن سعيد قال: كان سالم، وقاسم، وعمر بن عبد العزيز يرونه جائزاً عليه. و(١٧٨٤٢) قال: حدثنا حفص، عن حنظلة قال: سئل القاسم وسالم عن رجل قال: يوم أتزوج فلانة فهي طالق؟ قالا: هي كما قال. و(١٧٨٤٣) قال: حدثنا حفص بن غياث، عن عبدالله بن عمر قال: سألت القاسم عن رجل قال: يوم أتزوج فلانة فهي طالق؟ قال: طالق. وسئل عمر: يوم أتزوج فلانة فهي عليّ كظهر أمي؟ قال: لا يتزوجها حتى يُكَفِّر.

وعامر الشعبي، وإبراهيم النخعي[١]، والأسود[٢]، وأبي بكر بن عبد الرحمن [٩٦/ ب]، وأبي بكر بن عمرو بن حزم، وعبدالله بن عبد الرحمن[٣]، والزهري[٤]، ومكحول الشامي[٥]، في رجلٍ قال: إن تزوّجت فلانةً فهي طالقٌ، أو يوم أزوّجها فهي طالقٌ، أو كل امرأةٍ أتزوجها فهي طالقٌ. قالوا: هو كما قال.

وفي لفظٍ: يجوز عليه ذلك.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٧٨٣٧) قال: حدثنا وكيع، عن إسماعيل، عن الشعبي. وعن سفيان، عن منصور، عن إبراهيم قالا: إذا وقت وقع. و(١٧٨٣٨) قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن مطرف، عن الشعبي أنه سئل عن رجل قال لأمرأته: كل امرأة تزوجتها عليك فهي طالق؟ قال: فكل امرأة يتزوجها عليها فهي طالق. و(١٧٨٤٧) قال: حدثنا مروان بن معاوية، عن سويد بن نجيح الكندي قال: سألت الشعبي عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، أو يوم أتزوج فلانة فهي طالق؟ قال الشعبي: هو كما قال. فقلت: إن عكرمة يزعم أن الطلاق بعد النكاح؟ فقال: جزم.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (١٧٨٤٤) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن محمد بن قيس، عن إبراهيم، عن الأسود: أنه طلق امرأة قبل أن يتزوجها، فسأل ابن مسعود، فقال: أعلمها بالطلاق، ثم تزوجها.

(٣) رواه ابن أبي شيبة (١٧٨٤٥) قال: حدثنا أبو أسامة، عن عمر بن حمزة، أنه سأل سالماً، والقاسم، وأبا بكر بن عبد الرحمن، وأبا بكر بن عمرو بن حزم، وعبدالله ابن عبد الرحمن، عن رجل قال: يوم أتزوج فلانة فهي طالق البتة؟ فقالوا كلهم: لا يتزوجها.

(٤) رواه ابن أبي شيبة (١٧٨٤٠) قال: حدثنا حماد بن خالد، عن هشام بن سعد قال: قال الزهري: إذا وقع النكاح وقع الطلاق.

(٥) رواه ابن أبي شيبة (١٧٨٥٠) قال: حدثنا عيسى بن يونس، عن الأوزاعي، عن الزهري ومكحول في الرجل يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق؟ أنهما يوجبان ذلك عليه.

وقال الشافعي: لا يصحّ هذا التعليق، ولا يقع عليه الطلاق[١].

لنا: أنّ هذا تعليقٌ لما يصحّ تعليقه، وهو الطلاق، فيلزم كالعتق والوكالة والإبراء، ولأنّ التعليق بالشرط يمنع اتصال الحكم بمحله. وبدون الاتصال بالمحلّ لا ينعقد سبباً.

واستدلّ الشافعي:

بما رواه أبو داود، والترمذي وحسّنه: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لاَ نَذْرَ لاِبْنِ آدَمَ فِيمَا لاَ يَمْلِكُ، وَلاَ عِتْقَ لَهُ فِيمَا لاَ يَمْلِكُ، وَلاَ طَلاَقَ لَهُ فِيمَا لاَ يَمْلِكُ»[٢].

---

(١) قال الشافعي في الأم (٧/ ١٦٨): إذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإن أبا حنيفة كان يقول: هو كما قال. وأي امرأة تزوجها فهي طالق واحدة، وبهذا يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع عليه الطلاق؛ لأنه عمّم، فقال: كل امرأة أتزوجها، فإذا سمّى امرأة مسماة، أو مصراً بعينه، أو جعل ذلك إلى أجل، فقولهما فيه سواء، ويقع به الطلاق.

(٢) رواه عبد الرزاق (١١٤٥٦) وأحمد (٦٧٦٩ و٦٧٨٠) وأبو داود (٢١٩٠) وسعيد ابن منصور في سننه (١٠٢٠) والترمذي في سننه (١١٨١) وعلله الكبير (١/ ٤٦٥) وابن ماجه (٢٠٤٧) والدارقطني (٤/ ١٤ و١٥) والحاكم (٢/ ٢٠٤ و٢٠٥) والبيهقي (٧/ ٣١٨) عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.
وقال الترمذي: وفي الباب عن علي ومعاذ بن جبل وجابر وابن عباس وعائشة. حديث عبدالله بن عمرو حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وابن عباس، وجابر بن عبدالله، وسعيد بن المسيب، والحسن، وسعيد بن جبير، وعلي بن الحسين، وشريح، وجابر بن زيد، وغير واحد من فقهاء التابعين، وبه يقول الشافعي. وروي عن ابن مسعود أنه قال في المنصوبة: إنها تطلق. وقد روي عن إبراهيم النخعي، والشعبي، وغيرهما من أهل العلم، أنهم قالوا: إذا وقت =

وما في معناه.

وأُجيبَ: بأنّ هذا محمولٌ على نفي التخيير؛ لأنه هو الطّلاق لا تعليقه، فإنه لا يفهمه أهل اللغة ولا العرف ولا الشرع لما روى مالكٌ في موطئه[1]: أَنَّ سَعِيدَ بنَ عَمْرٍو[2] بْنِ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيِّ سَأَلَ الْقَاسِمَ[3] بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَةً إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ[4]: إِنَّ رَجُلاً جَعَلَ امْرَأَةً عَلَيْهِ كَظَهْرِ أُمِّهِ إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا، فَأَمَرَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا أَنْ لا يَقْرَبَهَا حَتَّى يُكَفِّرَ كَفَّارَةَ الْمُتَظَاهِرِ[5].

وروى عبد الرزاق عن[6] معمر، عن الزهري أنه قال في رجلٍ: كل امرأةٍ

= نزل. وهو قول سفيان الثوري، ومالك بن أنس: أنه إذا سمى امرأة بعينها، أو وقف وقتاً، أو قال: إن تزوجت من كورة كذا، فإنه إن تزوج، فإنها تطلق. وأما ابن المبارك فشدّد في هذا الباب، وقال: إن فعل لا أقول: هي حرام. وقال أحمد: إن تزوج لا آمره أن يفارق امرأته. وقال إسحاق: أنا أجيز في المنصوبة لحديث ابن مسعود، وإن تزوجها لا أقول تحرم عليه امرأته. ووسّع إسحاق في غير المنصوبة، وذكر عبدالله ابن المبارك: أنه سئل عن رجل حلف بالطلاق أنه لا يتزوج، ثم بدا له أن يتزوج هل له رخصة بأن يأخذ بقول الفقهاء الذين رخصوا في هذا؟ فقال عبدالله ابن المبارك: إن كان يرى هذا القول حقاً من قبل أن يبتلى بهذه المسألة، فله أن يأخذ بقولهم، فأما من لم يرض بهذا، فلما ابتلى أحب أن يأخذ بقولهم فلا أرى له ذلك.

(١) (٢٠٥٧) وعنه عبد الرزاق (١١٥٥٠).

(٢) تحرف في المخطوط إلى: (عمر).

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (أبو القاسم).

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (أبا قاسم).

(٥) تحرف في المخطوط إلى: (المظاهر).

(٦) تحرف في المخطوط إلى: (بن).

أتزوّجها فهيَ طالقٌ، وكلّ أمةٍ اشتريتها فهي حرة. هو كما [قال]. قال له معمر: أو ليس قد جاء: «لاَ طَلاَقَ قَبْلَ نِكَاحٍ، وَلاَ عِتْقَ إِلاَّ بَعْدَ ملكٍ»؟ قال: إنما ذلك أن يقول الرجل: امرأة فلانٍ طالقٌ، وعبدُ فلانٍ حرٌّ[1].

قال الشيخ عبد اللطيف بن فرشته في شرح المنار: ولقائلٍ أن يقول: يشكل تعليق الطلاق والعتاق بالملك، لما روي عن عبدالله بن عمرو بن العاص: أنّه خطبَ امرأةً، فأبوا أن يزوّجها إلاّ بزيادة صداقٍ. فَقَالَ: إِن تَزَوَّجْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثلاثاً. فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ: «لاَ طَلاَقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»[2].

فإن الحديث مُفسَّرٌ لا يقبل التأويل، فلا بد أن يبيّن [٩٧/أ] نسخه أو عدم صحّته. انتهى.

وسئل عن هذا الشيخ محيي الدين الكَافِيَجي[3]، فأجاب:

---

(١) رواه عبد الرزاق (١١٤٧٥) عن معمر، عن الزهري في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وكل أمة أشتريها فهي حرة. قال: هو كما قال. قال معمر: فقلت: أو ليس قد جاء عن بعضهم أنه قال: لا طلاق قبل النكاح، ولا عتاقة إلا بعد الملك؟ قال: إنما ذلك أن يقول الرجل: امرأة فلان طالق، وعبد فلان حر.

(٢) لم أجده عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٣) هو محمد بن سليمان بن سعد بن مسعود الرومي، الكافيجي، محيي الدين، أبو عبدالله، فقيه، أصولي، محدث، نحوي، مفسر، صوفي، صرفي، بياني، منطقي، حكيم، رياضي، ولد بككجة كي من بلاد صروخان، واشتهر بمصر، ولازمه السيوطي، وولي وظائف منها: مشيخة الخانقاه بالشيخونية، وكان مولده سنة ٧٨٨هـ ووفاته سنة ٨٧٩هـ، وسمي بالكافيجي لكثرة اشتغاله بكتاب الكافية في النحو، من تصانيفه الكثيرة: شرح قواعد الإعراب لابن هشام، وجيز انتظام في إظهار موارد الأحكام، حل الإشكال في مباحث الأشكال في الهندسة، الأنوار في علم =

الحمدُ لله الهادي للصّواب، الحديثُ محمولٌ على نفي تخيير الطلاق قبل النّكاح. كذا ذكره أئمة الحديث والفقهاء على أنّه: لا يكون حجّةً علينا. لا ينفي التعليق كما ترى، فيكون نصب الدليل في غير محلّ النزاع، **فإن قلت**: الواقعة تشهد له بظاهرها، فلا يعدل عنه إلاّ بدليل، ولا دليل هنا.

قلت: قول النبي ﷺ: **«لاَ طَلاَقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»**. شاهدٌ لنا عليه، فلا بُدّ من صرفِ الواقعة عن ظاهرها بقرينةِ الجواب، كما هو المقرر في موضعه.

فإن قلت: فليحمل قوله ﷺ على نفي التعليق بقرينة الحادثة السابقة، كما هو المتبادر.

قلت: حمل الكلام على حقيقةٍ واجبٌ مهما أمكنَ، لا سيما في كلام النبي ﷺ.

والحاصل: أنّ كلامه نصٌّ لا يقبل التّأويل. والكلام في الواقعة ظاهرٌ يقبل، فوجب تأويلها دونـه من غايةٍ لقانون الشرع والأدب وترجيحاً لكلامه على كلام غيره، واكتفاءً بتأويل كلام غيره عن تأويل كلامه، إذ لا ضرورة إليه. والحالة كذا. والله أعلم بالصّواب. كتبه محمد بن سليمان الكافيجي الحنفي ـ عفى الله عنهما ـ.

قلت: قد دخل على الذي أخذ منه ابن فرشته حديث في حديث.

وذلك: أن الذي في كتب السنة وهو المحفوظ عند أهلها من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص، هو ما قدمته في الاستدلال للشافعي من عند

= التوحيد الذي هو أشرف العلوم والأخبار، والتيسير في قواعد علم التفسير. معجم المؤلفين (١٠/ ٥١).

الترمذي بدون قصة.

والقصّة إنّما تروى من حديث عبدالله بن عمر بن الخطاب، وأبـي[١] ثعلبة الخُشَنِيّ.

كما أخرج الدارقطني[٢]، عن عبدالله بن عمر: أنّ النبي ﷺ سئل عن رجلٍ قال: يوم أتزوّجُ فلانةَ فهيَ طَالِقٌ ثلاثاً؟ قال النَّبِيُّ ﷺ: **«طَلَّقَ مَا لاَ يَمْلِكُ»**.

وأخرج[٣]، عن أبي ثعلبة الخشنيّ قالَ: قَالَ عَمٌّ لِي: اعْمَلْ عَمَلاً حَتّى أُزَوِّجَكَ ابْنَتِي. فَقُلْتُ: إِنْ تَزَوَّجْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ[٤]، ثُمَّ بَدَا لِي أَنْ أَتَزَوَّجَهَا، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ [٩٧/ ب] فسألته، فقال لي: **«تزَوَّجْهَا، فَإِنَّهُ لاَ طَلاَقَ إلاَّ بَعْدَ النِّكَاحِ[٥]»**. قَالَ: فتزوّجها[٦]، فَوَلَدَت لي سعداً وسعيداً. انتهى.

إذا عرف هذا: فالحديث أشكل. هو الذي فيه القصّة، ولم يقل عاقل: إنّه مؤوّلٌ بما ذكر. فقوله: إنّه محمولٌ على نفي التنجيز باطلٌ.

وكذا قوله: نصب الدليل في غير محلّ النّزاع.

والحاصل: أنه أخذ كلام المشايخ في الحديث الذي لم يذكر فيه قصّة.

(١) في المخطوط: (ابن) خطأ.
(٢) رواه الدارقطني في سننه (٣٩٣٧) والعقيلي في الضعفاء الكبير (٢/ ٣٤٧). وانظر فتح الباري لابن حجر (٩/ ٣٨٣).
(٣) رواه الدارقطني في سننه (٣٩٨٧).
(٤) في سنن الدارقطني: (تزوّجنها فهي طالقٌ ثلاثاً).
(٥) في سنن الدرقطني: «نكاح».
(٦) في سنن الدرقطني: (فتزوجتها).

وأوردوه فيما ذكر بالقصّة الصّريحة في نفي التّأويل. يختار بيان عدم صحّته المذكور. والله أعلم.

وإذا عُلم بطلان هذا الجواب، فنقول قوله، فلا بد أن يبين نسخه أو عدم صحّته.

ففي إسناد حديث ابن عمر: ابن خالد الواسطي.

عمرو بن خالد. قال فيه أحمد بن حنبل(1) ويحيى بن معين(2) وغيره(3): كذّاب.

والدّارقطني(4): إنّه كذاب.

---

(1) قال عبدالله بن أحمد بن حنبل، عن أبيه [العلل ومعرفة الرجال (١/ ٥٦)]: متروك الحديث، ليس بشيء. وقال عبدالله عن أبيه [الضعفاء الكبير للعقيلي]: عمرو بن خالد ليس يسوي حديثه شيء ليس بشيء. وقال أبو بكر الأثرم عن أحمد بن حنبل [الضعفاء الكبير للعقيلي]: كذّاب، يروي عن زيد بن عليّ عن آبائه أحاديث موضوعة، يكذب.

(2) قال عباس الدوري عن يحيى بن معين [تاريخه (٢/ ٤٤٢)]: كذّاب غير ثقة، ولا مأمون. وقال عباس عن ابن معين: ليس بثقة. وقال هاشم بن مرثد الطبراني عن ابن معين [تهذيب الكمال (٢١/ ٦٠٥)]: كذّاب، ليس بشيء.

(3) قال ابن حبان في المجروحين (٢/ ٧٦): كان ممن يروي الموضوعات عن الأثبات حتى يسبق إلى القلب أنه كان المتعمد لها من غير أن يدلس. وقال ابن عدي في الكامل (٢/ الورقة ٢٣٤): عامة ما يرويه موضوعات. وقال ابن حجر في التقريب: متروك. وانظر تهذيب الكمال للمزي (٢١/ ٦٠٣ ـ ٦٠٧).

(4) الضعفاء والمتروكين له (الترجمة ٤٠٣). وقال في سؤالات البرقاني (الترجمة ٣٧٣): متروك. وقال في السنن (١/ ٢٢٧ و٢/ ١٢١): متروك. وقال في السنن أيضاً (١/ ١٥٦): متروك الحديث كذاب.

وقال وكيع(1): كان في جوارنا يضع الحديث، فلما فُطِنَ به تحوّل إلى واسط.

وقال إسحاق بن راهويه وأبو زرعة الرازي(2): كان يضع الحديث.

وفي الثاني:

علي بن قَرِين:

قال يحيى بن معين وغيره: كذاب.

وضعّفه أحمد.

وقال ابن عديّ: يسرق الحديث.

وقال أبو بكر ابن العربي: ليس لهذه الأحاديث أصل في الصّحة.

وقال ابن عبد الهادي(3): الحديثان باطلان. انتهى.

وقال بعض من يزعم أنه يعلم من أهل الشّام: قد نقل الإمام حافظ الدين البرازي في مناقب أبي حنيفة في الفصل العاشر: أنّ رجلاً وامرأةً كانا يقعان في أبي حنيفة فوقع بينهما مشاجرة ذات ليلةٍ. فقال الزوج: إن سألتيني الليلة الطّلاق ولم أطلّقك فأنت ثلاثاً. وقالت المرأة: إن لم أسألكَ الليلة الطلاق

---

(1) حكاه عن وكيع: الحسن بن علي الواسطي. الكامل لابن عدي (٢/ الورقة ٢٣٤). وقال أبو عبيد الآجري في سؤالات أبي داود (٥/ الورقة ٤١): سألت أبا داود عن عمرو بن خالد؟ فقال: ليس بشيء. قال وكيع: كان جارنا فظهرنا منه على كذب، فانتقل. قلت: كان واسطياً؟ قال: نعم.

(2) الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٦/ الترجمة ١٢٧٧)، وبقية كلام أبي زرعة: ولم يقرأ علينا حديثه، وقال: اضربوا عليه.

(3) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٣١): قال صاحب التنقيح: حديث باطل.

فمالي صدقة. فلما سكت عنهما الغضب ذهبا إلى سفيان الثوري وابن أبي ليلى وابن أبي شبرمة، فلم يجدوا عندهم مخرجاً، فرجعا إلى أبي حنيفة مرعوبين فسألاه. فقال للمرأة. اسأليه الطلاق، فسألته، فقال للزوج: قل: أنت طالقٌ إن شئتِ. فقال لها: أنت طالق إن شئتِ. فقال للمرأة: قولي: لا أشاء. فقالت: لا أشاءُ. قال أبو حنيفة [٩٨/ أ]: اذهبا فقد بررتما.

واتفقت كلمة أصحابنا في أصولهم: أنّ المعلّق بالشرط لا ينعقد سبباً قبل وجود الشرط، فإن كان الزوج قد برّ في يمينه، فكيف ولم ينعقد المعلّق سبباً.

وإن كان المعلّق لا ينعقد سبباً، فكيف برّ.

قلت: الجوابُ: إنّ قوله: أنت طالقٌ إن شئتِ تمليكٌ لا تعليقٌ.

قال في الذخيرة: تعليق الزوج طلاقَ المرأة بصفة من صفات قلب غيره، تفويض تمليك معنى، فيقتصر على المجلس، وعلى هذا اتفق كلام الأصحاب. والله أعلمُ.

ولما شاع هذا الجواب استبعد البرّ بعض إخواني لخفاء وجهه عليه. فقلت: الوجه للبر أنّ الحالفَ إنما انعقد يمينه على الإيقاع لا الوقوع، وقد أوقع وإن أوصل به شيئاً آخر.

ألا ترى إلى ما قال أبو يوسف، عن أبي حنيفة قال: قلت: أرأيتَ أنّ رجلاً طلّقَ امرأته ثلاثاً أو واحدة يقول لها: أنتِ طالقٌ. هل في ذلك حيلةٌ حتى لا يقع عليها الطّلاق، وترجع إليه. فتكون على حالها؟ قال: نعم. قلت: فما الحيلة في ذلك؟. قال: إذا قال أنت طالقٌ ثلاثاً أو واحدةً فقال: إن شاء الله تعالى. فوصل يمينه بالاستثناء. برّ.

قلت: وكذلك إن قال لعبده: أنتَ حرٌّ إن شاء الله. قال: نعم. قلت: ويقول هذا غيركم؟ قال: نعم. قد جاءت به الأحاديث عن رسول الله ﷺ.

قال أبو يوسف: حدثنا أبو حنيفة، عن الحكم بن عتيبة(١)، عن عبدالله، وعن علي بن أبي طالبٍ: أنهما قالا: من حلف بطلاقٍ أو عِتاقٍ فاستثنى، فلهُ استِثْنَاؤُهُ(٢).

وقال أبو يوسف: حدثنا محمد بن عبيدالله العَرْزَمِي(٣)، عن عطاء بن أبي رباح، عن عبدالله بن عباس أنّهُ قال: مَنْ حَلَفَ بِطَلاَقٍ أَوْ عِتَاقٍ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، لَمْ يَقَعْ طَلاَقٌ وَلاَ عِتَاقٌ.

وقال أبو يوسف: وحدثنا الحسن بن عُمارة(٤)، عن الحكم(٥)،

---

(١) تحرف في المخطوط إلى: (عينية). انظر ترجمته في تهذيب الكمال (٧/ ١١٤ ـ ...).

(٢) روى الدارقطني (٤/ ٣٥) قال: حدثنا أبو العباس محمد بن موسى بن علي الدولابي ويعقوب بن إبراهيم قالا: حدثنا الحسن بن عرفة، حدثنا إسماعيل بن عياش، عن حميد بن مالك اللخمي، عن مكحول، عن معاذ بن جبل قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يا معاذ، ما خلق الله شيئاً على وجه الأرض أحب إليه من العتاق، ولا خلق الله شيئاً على وجه الأرض أبغض إليه من الطلاق، فإذا قال الرجل لمملوكه: أنت حر إن شاء الله، فهو حر، ولا استثناء له، وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، فله استثناؤه، ولا طلاق عليه».

(٣) تحرف في المخطوط إلى: (القزويني). انظر ترجمته في تهذيب الكمال (٢٦/ ٤١ ـ ...).

(٤) الحسن بن عُمارة البَجَليّ، مولاهم، أبو محمد الكوفي الفقيه، كان على قضاء بغداد في خلافة أبي جعفر المنصور، مات سنة ١٥٣هـ. تهذيب الكمال (٦/ ٢٦٥ ـ ...).

(٥) هو ابن عُتَيْبَة الكندي الكوفي. قال عنه أحمد بن حنبل: أثبت الناس في إبراهيم. =

عن إبراهيم(١) مثله.

وحدثنا أبو حنيفة، عن حمّاد(٢)، عن إبراهيم أنهُ قال: مَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أو عِتاقٍ فقال: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى لَمْ يَقع طَلاَقٌ وَلاَ عِتَاقٌ، فَمَنْ حَلَفَ بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الأَيْمَانِ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى فَقَدْ بَرَّ وَخَرَجَ عَنْ يَمِينِهِ.

حدثنا عبدالله بن عمر الحملي، عن ليث بن أبي سليم، عن طاوس [٩٨/ ب] قال رسول الله ﷺ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ، فَقَدْ خَرَجَ عَنْ يَمِينِهِ»(٣). قال ليث: فقلت لطاوس: وفي الطّلاق والعتاق؟ قال: نعم. وفي الطّلاق والعتق إلاَّ مَا يَرْفَعُهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي الطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ.

قال: حدثنا الحسن بن عُمارة، عن الحكم، عن(٤) عبدالله بن عباس أنَّه قَالَ: مَنْ حَلَفَ(٥) عَلَى يَمِينٍ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ فَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ وَلاَ كَفَّارَةَ.

قال: وحدثنا أبو يحيى، عن أبيه البراء بن عازب، عن علي بن أبي طالب قَالَ: ....

= تهذيب الكمال (٧/ ١١٤ ـ ...).

(١) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس النَّخَعيّ أبو عمران الكوفي، مات سنة ٩٦هـ.

(٢) هو حمّاد بن أبي سليمان.

(٣) روى الإمام أحمد (٤٥١٠) وغيره بإسناد صحيح عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من حلف فاستثنى، فهو بالخيار، إن شاء أن يمضي على يمينه، وإن شاء أن يرجع غير حنث» أو قال: «غير حرج».

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (بن). والحكم هو ابن عتيبة الكندي الكوفي، ولد سنة ٥٠هـ ومات سنة ١١٥هـ. وابن عباس ﷺ مات سنة ٦٨هـ وقيل: ٧٠هـ.

(٥) تحرف في المخطوط إلى: (أنه من قال حلف).

مَنِ اسْتَثْنَى فَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ(١).

قال: عن أبي حنيفة، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن عبدالله بن مسعود أنه قال: مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ فَقَدِ اسْتَثْنَى وَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ(٢).

قَالَ: وعن أبي حنيفة، عن حمّاد، عن إبراهيم أنّه قال في ذلك: خَرَجَ عن يمينه.

ولمّا انتهى الكلام إلى المخارجِ فقيل في قول الرّجل كلّما تزوّجت امرأةً فهيَ طالقٌ. أو قال لامرأةٍ: كلّما تزوّجتك فأنتِ طالقٌ، فقد جعل المشايخ المخرجَ من ذلك طريقين: نكاح الفضولِ أو المرافعة إلى من يعتقد يمين بطلان اليمين فيفسخها.

أمّا الأوّل: فقال في الينابيع: وإن لم تكن المرأة في نكاحه وقال لها: كلما تزوّجتك فأنت طالقٌ، فإنّها تطلق في كلّ مرةٍ يتزوجها أبداً. فإن يتزوجها ولا يقع عليه الطلاق، فالحيلة في ذلك: أن يقول لمن يثق به من أحبابه وأصدقائه: إنّي قد حلفت، أنّي كلّما تزوّجت امرأةً أو كلّما تزوجت فلانةً فهي طالقٌ. فالآن إن يتزوجها طلقت وإن وكّلت رجلاً بأن يزوّجها مني طلّقت أيضاً. فإذا عرف المخاطب بأنّ له رغبة في تزوجها، فإنه يزوّجها منه، وهو فضولي في ذلك. فإذا علم الخلف ذلك نجيزه بالفعل، وذلك مثل أن يبعث إليها مهرها أو يظفر بها ويجامعها. ولو أجازه بالقول طلقت.

وقال بعضهم: لا تطلق. والأوّل أصحّ. انتهى.

(١) رواه عبد الرزاق (١٦١١٦) عن ابن عباس ﷺ.

(٢) رواه عبد الرزاق (١٦١١٥).

وقال الإمام أبو الليث في حيل العيون عند ذكر هذه المسألة: وجعل الإجازة بالفعل أن يبعث إليها شيئاً من المهر أو النفقة أو يطأها أو يمسّها.

وقال في الهادي: كان القاضي الإمام الزّاهد أبو المعالي صاحب المناقب[1] لا يجوّز نكاح الفضولي.

كان القاضي الإمام [٩٩/ أ] مجد الدين لا يرى مخالفة أستاذه.

وقال الإمام عليّ السُّغْدي[2]: إنّي لا أجوّز نِكَاحَ الْفُضُولِيّ، ولا أفتي بالإجازة بالفعل والقول في نكاح الفضولي، وأجعل الإجازة بالفعل والقول سواء. انتهى.

قلت: وهذا غير معتمد لمخالفة الرواية والدراية.

قال في شرح الزيادات: ولو حلف لا يتزوج، أو حلفت امرأة أن لا تتزوج، وقد كان زوّج أحدهما فضولي وأجاز بعد اليمين لا يحنث؛ لأنّ الشّرط التزوج والإجازة ليست بتزوجٍ حتّى لا يراعي لها شرائط العقد من الشهود والولي وغير

---

(١) في المخطوط: (المناقبي).

(٢) السّغدي - بالضم وغين معجمة -: نسبة إلى سغد سمرقند، وهو مشتملٌ عل عدة بلاد وقرى كثيرة، وهو مما يلي بخارى. توضيح المشتبه لابن ناصر الدين (٥/ ٩٩ - . . .). وقال المصنف في تاج التراجم (ص١٤): علي بن حسين بن محمد السّغدي [تحرف في المطبوع (ص١٤ و٣١) إلى: السعدي]، شيخ الإسلام، أبو الحسن، قال السمعاني [الأنساب (٧/ ٨٦)]: سكن ببخارى، وكان إماماً فاضلاً، وفقيهاً مناظراً، وسمع الحديث، وروى عنه شمس الأئمة السرخسي السير الكبير، ومات ببخارى سنة إحدى وستين وأربع مئة، ومن تصانيفه: النتف، وشرح السير الكبير. قلت [ابن قطلوبغا]: وبأيدينا كتاب النتف يعزى إلى الغزنوي. والله أعلم.

ذلك. وهذه المسألة تدلّ على أنّ من حلفَ أن لا يتزوّج فأجاز نكاح الفضولي بعد اليمين لا يحنث وهو رواية عن محمد.

وبه قال: نفتي محمد بن سلمة.

قلت: إلاّ أنّ هذا خلاف الأصحّ على ما قال في الينابيع؛ لأنّ عقد الفضولي ينتقل إليه عند الإجازة.

وروى ابن سماعة، عن محمّد: أن عقد الفضولي إذا كان بعد اليمين فأجاز بالقول يحنث، وإن أجازه بالفعل لا يحنث.

وقال قاضي خان في شرح الزيادات: وعليه أكثر المشايخ: لأنّ القول من جنس العقد من حيث أن العقد قول، فأمكن إلحاقها بالعقد. أمّا الفعل: لا يجانس العقد ولا يخالفه، فلا يمكن إلحاق الفعل بالعقد.

قلت: وقد نقل في الينابيع: أنّ هذا هو الأصحّ. ومثله عن شمس الأئمة.

قال: الأصحّ عندي لا يحنث؛ لأنّ عقد النّكاح يختص بالقول، فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقداً له.

وقال في الهادي: والفتوى على أنّ نكاح الفضولي جائزٌ، فإن أجاز بالفعل لا يحنث لأنه حنث نفسه بالعقد وهو غير عاقدٍ. انتهى.

وقال في الفصول: ذكرَ نجم الدين النسفي في الفتاوى: المختار في نكاح الفضولي في الطلاق المضاف إذا أجاز الحالف بالفعل لا يحنث. وبالقول: يحنث.

قال بعض الإخوان: الإجازة بالفعل سوق المهر.

قلت: قدّمت عن أبي الليث: أن يبعث شيئاً من المهر أو النفقة أو

يطأها أو يمسّها.

وعن الينابيع: أن يبعث إليها مهرها أو يظفر بها ويجامعها.

قال: قد قاله البزازي.

قلت: لفظ البزازي: والإجازة بالفعل سَوْقُ [٩٩/ ب] المهرِ إليها لا الوطء والقبلة؛ لأنّه حرامٌ قبل نفوذ العقد.

قلت: وهذا الإيجاز مخلٌّ؛ لأنّه مأخوذٌ من شرح الزيادات. ولفظه: لكن ذلك الفعل ينبغي أن يكون بسوق الصّداق إليها ونحو ذلك دون الوطء والتقبيل، فإنّ ذلك حرامٌ قبل نفوذ العقد، فحذف لفظة ينبغي.

وكذلك قال الصّدر الشهيد حسام الدين في شرح الجامع الكبير: إنّ من احترز عن الطّلاق بأن علّق الطّلاقَ بالنّكاح. ينبغي أن يجيزه بتسليم المهر، أمّا بالمواثقة، فلا. فهذا النفي للكراهة.

قال في الفصول: ولو قبلها أو لمسها بشهوةٍ يكون إجازة بالفعل. ولكن يكرهُ كالرّجعة بالفعل. انتهى.

قلت: وهذا نصّ ما أجبت به بلفظه. ولله الحمد.

قلت: والكراهة لقرب نفوذ العقد من المحرم كما في دفع النّصاب إلى الفقير.

قال قاضي خان: وإذا أراد الحالف أن يجيز عقد الفضولي بالفعل يجيزه سوق المهر ولا يقبّل ولا يمس كيلاً يكون ابتداء الفعل قبل نفاذ النّكاح.

وفي الظهيرية: الإجازة بالفعل أن يبعث إليها شيئاً من المهر، فإن دفع المأمور إليها لا شك أنه أجاز، وإن لم يدفع إليها، هل تكون الإجازة رواية

لهذا في الكتاب؟!.

وفي الفوائد: قال ظهير الدين: المراد بسوق المهر، الوصول لا عين السوق.

وقال فخر الدين: لا يشترط؛ لأنّا نحتاج إلى الإجازة بالفعل.

وقوله: ادفع الدّراهم إليها إجازة منه بالفعل وقد حصلت. ولو دفع إليها.

وقال: هذا مهرك.

قال ظهير الدين: يكون إجازةً بالقول، ولو كانت صغيرةً يبعث إلى وليّها، وإن بعث إليها بعطيّةٍ أو هدية لم يكن ذلك إجازةً؛ لأنّ بعث الهدية والعطية ليست من خصائص النّكاح وأحكامه، فلم يكن إجازةً بخلاف سوق المهر.

وفي شرح الطحاوي: فيجيز بالفعل. وهو بعث الهدية وما أشبهه.

قلت: القائل بالأوّل أكثر. والله أعلم.

وهل تكون الخلوة إجازةً؟

قال في الفصول: ذكر شمس الأئمة السرخسي: إنه يكون إجازةً. لذا ذكره في فتاوى ظهير الدين إسحاق[1].

وقال بعضهم: نفس الخلوة لا يكون إجازةً. وفيه: ولو أجاز في نكاح الفضولي بالكتابة يكون إجازةً بالقول أو بالفعل.

ذكر في باب الكفّارات من أيمان [١٠٠/ أ] الجامع في الفتاوى: إذا حلفَ

---

(١) فتاوى الولوالجي، لظهير الدين، أبي المكارم، إسحاق بن أبي بكر الحنفي، المتوفى سنة ٧١٠هـ.
انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٠/ ٤٢ و١٢/ ٤٩٥).

لا يكلم فلاناً أو قال: والله لا أقول لفلانٍ شيئاً، فكتب إليه كتاباً لا يحنث.

وذكر ابن سماعة في نوادره: عن محمّدٍ: أنه يحنث.

وهل للفضولي فسخ العقد قبل الإجازة؟.

نقل عن الفضولي من شرح الطحاوي وغيره: أنه لا يملك الفسخ بالقول اتفاقاً.

وفي الإجازة بالفعل بأن يزوّجه أختها خلافٌ.

قال فخر الدين: يتوقف الثاني ولا يكون فسخاً.

وقيل: يكون فسخاً. والله أعلم.

وأمّا الثاني: فقال الإمام فخر الدين: أمّا طريق فسخ اليمين، لو أنّ حنفي المذهب قال: إن تزوّجت امرأة فهيَ طالقٌ ثلاثاً، ثم جاء إلى القاضي، وطلب منه فسخ اليمين، فإن كان القاضي حنفياً لا ينبغي له أن يفسخ يمينه بخلاف رأيه.

قلت: حتى لو قضى لا يصحّ.

قال في الهادي: ولو ترافعا إلى قاضٍ حنفي فحكم بصحة هذا النّكاح، لا يصح إلا إذا اعتقد في هذه المسألة قول الشافعي وأدّى اجتهاده إلى ذلك.

قال فخر الدين: لكن ينبغي للقاضي إن كان مأذوناً في الاستخلاف: أن يبعث الحالف إلى شافعي المذهب، ولا يأمر المبعوث إليه بفسخ اليمين؛ لأنّه كما يجوز للقاضي أن يحكم بخلاف رأيه، لا ينبغي له أن يأمر غيره بذلك، لكن يأمر المبعوث إليه أن يسمع خصومتهما ويقضي بينهما.

قلت: قال في الهادي: فلو نصب القاضي الحنفي فقيهاً شفعوياً للحكم،

وصحّة هذا النّكاح لا يصحّ؛ إلاّ أن ينصبه للحكم بما هو المذهب عنده. فحينئذٍ يجوز. قاله جلال.

وقال غيرهُ: لو نصبه لهذه الحادثـة خاصّة لا يجوز، ولو نصّبه قاضياً في محلّةٍ أو بلدةٍ جازَ.

قلت: وهذا إذا كان الإمام أُذن له في الاستخلاف في كل المذاهب لما ذكرناه في غير هذا الكتاب بما يقع به الاختصاص في التقليد.

قلت: وصورة الكتـاب أطالَ اللهُ بقاء القاضي الإمام أُتـيَ آخر ألقـاهُ، رفعت إليَّ المسماة فلانة بنتَ فلانِ بن فلانٍ. إنّ فلاناً تزوّجها وقد كان حلف قبـل نكاحها بطـلاق كلّ امرأةٍ يتزوّجها، ثم زوجني بعد هذا اليمين، ووقـع الطلاق، فصرت محرّمـة عليه بهذا السبب، وأنّها يمسكها حراماً ولا يقصر يده عنها، والتمست مني مكاتبةً في ذلك فأجبتها إلى ذلك، وكتبت [١٠٠/ب] هذا الكتاب إليه، فليتفضل بالإصغاء إلى هذه الخصومة الواقعة بينهما على ما يؤدّي إليه اجتهاده، ويقع عليه رأيهُ وهو موفقٌ عن الله تعالى.

قال الإمام فخر الدين: فعند ذلك إن كان القاضي الأوّل أو الثاني أخذ لذلك مالاً لا يصحّ فسخه عند الكلّ، ولا ينفّذ قضـاؤه. وإن كان أخذ زيادة على أجر المثل فكذلك.

قلت: وكذلك إن كان القضاء بالرشوة. قاله الإمام حافظ الدين النسفي. والله أعلم.

قال فخر الدين: عقداً وأجّر المثل، فذلك لا يمنع صحّة الفسخ. والأولى أن لا يأخذ. وإذا جاء الحالف إلى القاضي الثاني بكتاب القاضي الأول لا يسمع

الثاني كلامه ولا يفسخ إلاّ بمحضر من الخصم فيحضر مع نفسه المرأة التي تزوجها، فتدعي المرأة على الحالف أنها امرأته وأنه تزوّجها بمئة دينارٍ. وعليه أداء مهرها. والقيام بموجب النكاح من الثاني والنفقة وغير ذلك. فيقول: بلى تزوجتها بمئة دينارٍ إلا أنني حلفت قبل نكاحها إن تزوجت امرأةً فهي طالقٌ فتزوجتها ووقع عليها الطلاق قبل الدخول باليمين السابقة. فإذا سمع كلامهما وطلبت المرأة من القاضي الحكم ببقاء النكاح تقول: حكمت ببطلان اليمين الذي ذكرتها وبقاء النكاح بينكما، فينفذ قضاؤه، وتحل المرأة للحالف ولا يحتاج فسخه إلى إمضاء القاضي، وإن أمضى كان أحوط.

قلت: وقد قال في الهادي: وكيفية قضاء القاضي: أن يتزوج الحالف امرأةً بنفسه، ثم يترافعا إلى قاضٍ يعتقد بطلان اليمين، وادّعت امرأةٌ أنه حلف بطلاق كل امرأةٍ يتزوجها، فأنكر الزوج الوقوع، وأقامت المرأة شاهدين على أنه حالفٌ فيحكم القاضي بصحة هذا النكاح وإلغاء اليمين السابق على قول عبدالله بن عباس وابن مسعود.

ولو حكم الحاكم بإلغاء اليمين السابق قبل أن يتزوج الحالف امرأةً، وأطلق للحالف أن يتزوج من شاء، فإنه لا يصحّ؛ لأنّ حكم الحاكم إنما يجوز بعد حكم النكاح، ودعوى المرأة بإيقاع الطّلاق.

قلت: وقال ظهير الدين: رجلٌ حلفَ بطلاقِ كل امرأةٍ يتزوجها [١٠١/أ] واحتاجَ الرّجل إلى فسخ هذا اليمين.

ينبغي له: أن يتزوج امرأةً بتزويج وليّها إيّاها، إن كان لها وليٌّ أو بتزويج القاضي إيّاها إن لم يكن لها وليٌّ حتى يصحّ النكاح بالإجماع، ثم ترفع المرأةُ الأمرَ إلى القاضي إلخ. وقال بعد كتاب القاضي في ذلك، ثم إذا وصل الكتاب

إلى المكتوب إليه، تُدعى هذه الامرأة قبل المكتوب إليه، تدعى هذه الامرأة قبل المكتوب إليه على زوجها على نحو ما ذكرت للقاضي الكاتب ـ يعني: ما قدّمناه في صورة الكتاب ـ فيقر الزوج بهذه اليمين، وبهذا النكاح، إلاّ أنه يقول: إنها حلالٌ لي ولم يقع عليها الطلاق معللاً بعدم انعقاد اليمين، فيقضي المكتوب إليه ببطلان هذه اليمين، وبقيام النكاح بينهما أخذاً بقول من يقول ببطلان هذه اليمين من علماء السلف.

وصورة السجل:

يقول القاضي: فلان بن فلان. ورد في كتابٍ من القاضي فلانٍ المتولي لعمل القضاء والحكام بكور كذا ونواحيها من قبل السلطان فلانٍ مشتملاً على ما رفع إليه من الخصومة الواقعة بين فلانةٍ بنت فلانٍ وبين فلانِ بن فلانٍ في وقوع الطلاق بسبب اليمين المضافة إلى النكاح. وقد أمرني بالإصغاء إلى هذه الخصومة وفصلها واستماع البيّنة فيها والقضاء بما وقع في رأيي واجتهادي فامتثلت أمرهُ وعقدت مجلساً لذلك، فحضرت في مجلسي ذلك فلانة بنت فلان وأحضرت مع نفسها زوجها فلان بن فلان، فادّعت هذه التي حضرت على الذي أحضرته معها: أنّ هذا يطالبني بالطّاعةِ في أحكام النكاح زاعماً أني زوجته، وقد كان حلف قبل أن يتزوجني بطلاقِ كل امرأة يتزوجها، ثم تزوجني وقد وقع عليّ الطّلاق، وحرمت عليه بهذا السبب والزّوج أقرّ باليمين وبالنّكاح وأنكر وقوع الطّلاق بهذا السبب، ثم إنّ الزوج سألني الحكم بما يقع عليه رأيي واجتهادي، فاجتهدت في ذلك وتأمّلت وتأنّيت، ووقع رأيي على بطلان اليمين المضافة إلى النّكاح عملاً مني بقول من لا يرى صحّة اليمين المضافة إلى النكاح، فحكمت ببطلان هذه اليمين، ويحلّ هذه المرأة على هذا الزوج بهذا النكاح،

وأمرتها بطاعة هذا الزَّوج [١٠١/ ب] في أحكام النِّكاح بحضرة هذين المخاصمين في وجهها حكماً أبرمته وقضاء أنفذته في مجلسِ حكمي هذا بين الناس على سبيل الشهرة والإعلان دون الخفية والكتمان. وكان ذلك بعد ما أطلق القاضي فلان ابن فلان الحكم في هذه الخصومة بما يقع عليه رأيي واجتهادي وذلك في يوم كذا في شهر كذا من سنة كذا.

قلت: بهذا تبيّن: أن طريق مشايخنا التصريح دون الإجمال، ولو فعل القوْم إلى أن مثل هذا التبيين الحق من الباطل. والله أعلم.

قال القاضي فخر الدين: فإن كان هذا الحالف عقد على هذه المرأة أيماناً بأن قال لها مراراً: إذا تزوجتك فأنت طالقٌ أو كُلّما تزوّجتك فأنت طالقٌ. أو قال: إذا تزوجت امرأةً فهي طالقٌ. قال ذلك مراراً، فإذا حكم بقيام نكاح هذه يفسخ الأيمان كلّها في قولهم. ولو كان قال لامرأةٍ: إذا تزوّجتك فأنت طالقٌ. ثم قال لامرأةٍ أخرى: إذا تزوجتك فأنت طالقٌ. فتزوج واحدةً منهما ففسخ في غير حقّها حتى لو تزوّج أخرى يطلق في قولهم وكذا لو كان ذلك في نسوة، وإن عقد يميناً واحدةً على كل النّساء بأن قال: كل امرأةٍ تزوّجتها فهي طالقٌ ففسخ اليمين في امرأةٍ واحدةٍ جعلوا المسألة على الاختلاف قياساً على مسألة ذكرها في المنتقى: رجلٌ قال: كل عبدٍ أملكه فهو حرٌّ، فملك عبداً فأقام العبد بيّنةً على يمينه وحكم القاضي بيمينه وبعتق العبد، ثم ملك عبداً آخر هل يحتاج العبد الثاني إلى إقامة البيّنة على اليمين.

قال: على قول محمّدٍ: لا يحتاجُ.

وعلى قول أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة: يحتاج.

وأكثر المشايخ في مسألة الطلاق: على قول محمّد. هذا كما لو ادّعى رجلٌ على رجلٍ أنّه وكيلُ فلانٍ الغائب في جميع حقوقه وخصوماته مع الناس. وللغائب على المدّعى عليه كذا. وأقام البينة على ذلك، وقضى القاضي بالوكالة العامة؛ فإنه لا يحتاج إلى إثبات الوكالة على غريمٍ آخرَ.

رجلٌ قال لامرأةٍ: إذا تزوّجتك فأنت طالقٌ فتزوّجها وطلّقها ثلاثاً، ثم أنّها رفعت الأمر إلى القاضي ليفسخ اليمين، فإنّ القاضي لا يفسخ؛ لأنّه لو فسخ تطلقُ ثلاثاً بالتنجيز بعد [١٠٢/أ] النكاح فلا يفيد.

فلو أنّ أجنبيّاً علق الطلاق بالتزويج فتزوّج امرأةً فلم يرفع الأمر إلى القاضي، لكن سأل شفعويّاً فأفتاهُ بعدم الوقوع. لا ينبغي للحالف أن يأخذ بفتواه، ويترك مذهبه؛ لأنّ عليه الأخذ بقول علمائه لا بقول أصحاب الشّافعي وفتواهم لا يكون حجّة في حقّه.

ولو أنّ المرأة مع الرّجل حكّما رجلاً ليحكم بينهما في هذه الحادثة إن كان المحكم حنفيّاً لا ينفذ حكمه.

وإن كان شافعياً: اختلفوا فيه.

قال بعضهم: لا ينفذ حكمه؛ لأنّ حكمه بمنزلة الفتوى. والصّحيح: أن ينفذ حكمه عليهما. هكذا ذكره شمس الأئمة الحلواني.

إن حكم المحكّم في المجتهدات نحو الكنايات والطلاق المضاف، وغير ذلك نافذٌ ليس لأحدهما أن يرجع عن حكمه بعد ذلك.

قال ـ رحمه الله ـ: وهذا مما يعرف ولا يفتى به كيلا يتجا ر إليه العامّة؛ ولأجل ذلك امتنع المشايخ عن الفتوى في جواز حكم المحكم.

وإنّ حكّما رجلاً ولم يعلماه أنهما حكّماه في هذه الحادثة؛ إلاّ أنّهما اختصما إليه، فحكم المحكم بينهما فعلى قول مَنْ يُجَوِّز حكم المحكم يجوز؛ لأن التحكيم يثبت بدون العلم. وإن كان الحالف تزوّج امرأةً ولم يرفعا الأمر إلى القاضي حتى تزوّجت المرأة بزوجٍ آخرَ من غير علمِ الزّوج، ثم رفع الأمرَ إلى القاضي واختصما إليه، فقضى القاضي ببطلان اليمين وعدم وقوع الطلاق لا ينفذ حكمه؛ لأنّ نكاح الزوج الثاني يمنعه من القضاء للأوّل. وليس فسخ يمين الحالف أولى من إبطال نكاح الثاني. انتهى.

وقال في الفصول: ثم نفاذ هذا القضاء في حكم المحكوم عليه. متفقٌ عليه.

وفي حق المقضي له: إن كان عالماً، فكذلك عندهما.

وعند أبي يوسف: إذا كان المحكوم له يعتقد الحرمة. وقضى القاضي بالحلّ لا يترك رأي نفسه بإباحة القاضي.

قلت: قال الإمام حسام الدين في الفتاوى الصغرى بعد ذكر الخلاف: وهذا الخلاف في غير رواية الأصول.

أمّا جواب ظاهر الرواية: أنّه ينفذ ذكره في آخر كتابه الاستحسان. انتهى.

قلت: ذكر الخلاف في النوادر. والمراد بكتاب الاستحسان: الاستحسان من الأصل. ولفظه فيه، وفي السير الكبير: إذا طلّقها [١٠٢/ ب] بلفظ الكناية، فرفع إلى قاضٍ وهو يرى أن الكنايـة رواجع. وقضى له بالرّجعة. هل له أن يراجعها وإن كان رأيه خلاف ذلك. انتهى. ولم يذكر خلافاً.

قال في المحيط: وظاهر المذهب ينفذ من غير خلافٍ.

ولأبي يوسف في الخلافية: أنّ القضاء في حق المقضي له فتوى؛ لأنّه لا إلزام عليه؛ لأنه مخبر فيه إن شاء راجعَ وإن شاء لم يراجع. وبالفتوى: لا يصير الحرام حلالاً. والبائن رجعياً كما لو شهد شاهدان على رجلٍ أنه قتل ولي هذا عمد وقضى القاضي له عليه بالقَوَد. والولي يعرف أنّ الشّهود شهود زورٍ لا يحلّ له أن يقتله. فكذا هذا.

ولهما: أنّ القضاء إلزامٌ في حقّ المقضي له من حيث الاعتقاد؛ لأنّه التزم اعتقاد ثبوت الحلّ والرّجعة فيصير مقضياً عليه في حق الاعتقاد إن لم يكن مقضياً عليه في حق الاستيفاء.

ولهذا: لو كان جاهلاً ينفذ. فكذا إذا كان عالماً؛ لأنّ القضاء يلزم في حقّ النّاس كافّةً بخلاف الفتوى؛ لأنّه ليس بملزمٍ لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء. انتهى.

قال في الهادي: أمّا قضاء القاضي فقد اتفقوا على جوازه، ولم يقل أحدٌ أنه لا يجوز إلاّ في روايةٍ عن أبي يوسف أنّه قال: إذا كان الحالف فقيهاً حنفياً يعتقد وقوع الطلاق، لا يجوز له أن يدّعي رأي نفسه برأي القاضي فيما اعتقد حراماً، لكنّ حاصل المذهب عن أبي حنيفة ومحمّد: يجوز له أن يدّعي رأي نفسه برأي القاضي؛ لأنّ القاضي إنّما يكون نائباً عن الحق أو الخلق. فإن كان نائباً عن الحق، صار حكمه كالنّص. وإن كان نائباً عن الخلق صار كأن الخلق كلهم أجمعوا على هذا، فيدّعي رأي نفسه لهذا. انتهى.

* **تتميم:**

إذا قال: كـل امـرأةٍ تدخـل في نكـاحي. أو قال: تصير حلالاً لي.

فهي طالقٌ ثلاثاً.

اختلف المشايخ:

فقال شمس الأئمة السرخسي، والإمام البزدوي(١) والسيد أبو قاسم: يحنثُ إذا عقد له الفضولي سواء أجاز بالقول أو بالفعل.

وذكر الفقيه أبو جعفر ونجم [١٠٣/أ] الدين النسفي: أنّ هذا وكل امرأةٍ أتزوّجها سواء؛ لأنّ دخولها في نكاحه لا يكون إلاّ بالتزويج، فيكون ذكر الحكم ذكر سببه المختصّ به، فيصير في التقدير، كأنه قال: إن تزوّجتها. وبتزويج الفضولي لا يصير متزوّجاً بخلاف ما لو قال: كل عبدٍ دخل في ملكي، فإنّه يحنث بعقد الفضولي هنا. فإنّ ملك اليمين لا يختص بالشراء. بل له أسبابٌ سواهُ.

ولو قال: كل امرأةٍ أتزوّجها أو يزوّجها غيري لأجلي فهيَ طالقٌ ثلاثاً.

فالوجه فيها: أن يزوّج الفضولي لأجله فيقع الطلاق الثلاث؛ لأنّ الشرط تزويج الغير له مطلقاً، ولكن لا يحرم عليها؛ لأنّها تطلق قبل دخولها في ملك الزّوج، فلا تحرم عليه. ألا ترى أنّ بعد عقد الفضولي لو طلّقها الزّوج ثلاثاً لا تحرم عليه، وإنّما لا تحرم؛ لأنّ الطلاق إنما يقع قبل دخوله في ملك الزوج. فكذا هاهنا، إلاّ أنّه لا يقبل الإجازة؛ لأنّه صار مردوداً فيعقد الفضولي ثانياً لأجله، ويجيز هو بالفعل.

قال صاحب المحيط: وعندي أنّ في الكرّة الثانية لا حاجة إلى عقدِ الفضولي، بل إذا تزوّج بنفسه لا تطلق؛ لأنّ اليمين انحلّت بتزويج الفضولي

(١) مرّت ترجمته.

له لا إلى جزاءٍ وليست بكلمة تقتضي التكرار.

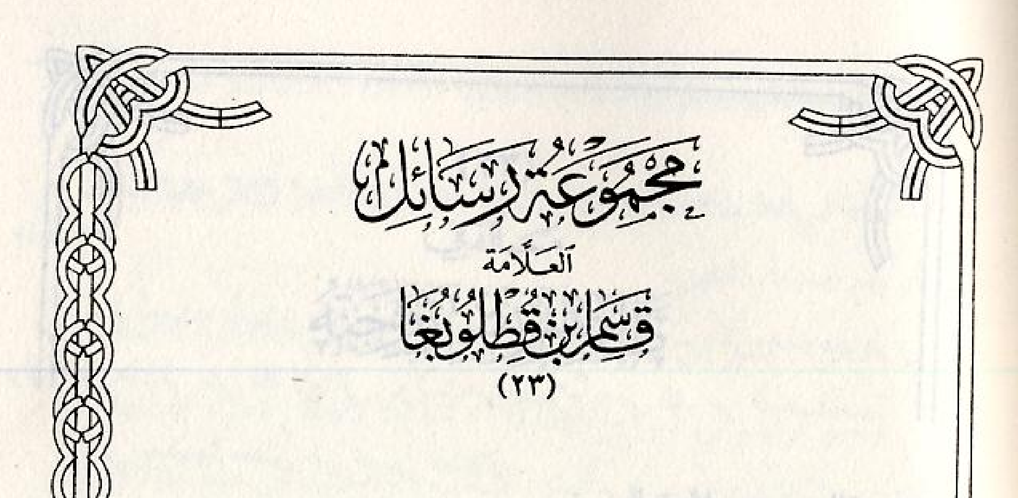
ولو قال: كلّ امرأةٍ أتزوجها أو تزوّجها غيري لأجلي وأجيزه فهي طالقٌ ثلاثاً. أو قال لامرأة: إن صرت زوجة لي، إمّا بعقدي أو عقد الفضولي، وإجازتي. اختلفت فيه الروايات.

قيل: لا وجه لجوازه؛ لأنه شدد على نفسه.

وفعل الفضولي لا يرفع الطلاق.

وقال الفقيه أبو جعفر وصاحب الفصول: الحيلة فيه: أن يزوجه فضولي امرأة بغير أمره وبغير أمرها، ثم يجيز هو النكاح، فيقع الحنث قبل إجازة المرأة لا إلى جزاءٍ لعدم الملك، ثم تجيز المرأة النكاح فلا تعمل إجازتها، ثم يجددان النكاح بأنفسهما، ويكون هذا نكاحاً صحيحاً؛ لأنّ اليمين انعقدت على زوج واحد، إذ لفظه لا يقتضي التكرار. انتهى. واللهُ سبحانه وتعالى أعلم [١٠٣/ب].

❐ ❐ ❐



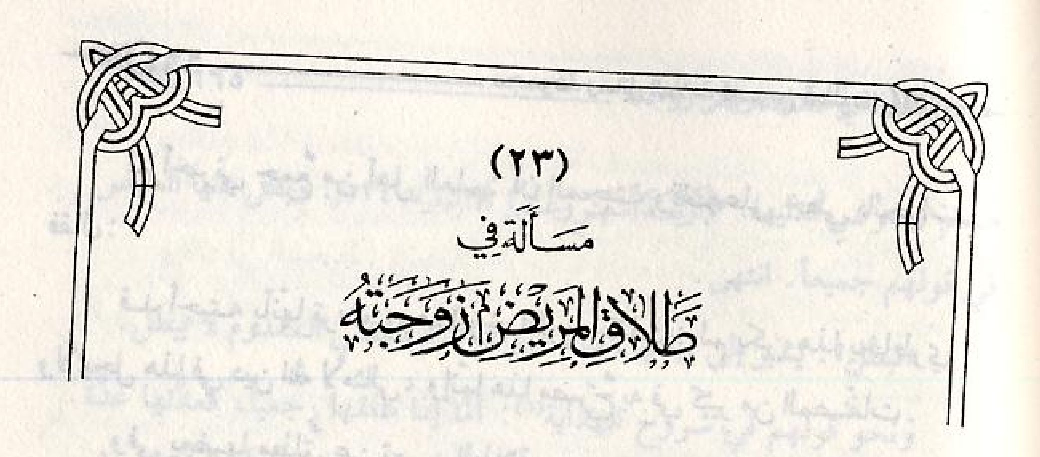
مسألة في
طلاق المريض زوجته

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢ هـ والمتوفى سنة ٨٧٩ هـ

رحمه الله تعالى



قال ـ رحمه الله تعالى ـ:

قد سئلتُ عن امرأةٍ طلّقها زوجها طلاقاً رجعياً في مرض موته، ثم مضى عليه ثلاثة أشهرٍ وثلاثة عشر يوماً، ثم مات، فأقرّت أنّها حاضت في هذه المدّة ثلاث حيضٍ وانقضت عدتها منه قبل موته بخمسة أيامٍ، فهل ترث مع الإقرار أم لا، فأجبت: أنها لا ترث في هذه الصّورة. والله أعلم بالصّواب.

ثم وقعتُ على جوابٍ لبعض المشايخ الحنفية صورته:

الحمد لله المنعم بالصّواب.

إذا كان الطلاق رجعياً ترث منه ما دامت عدة الوفاة قائمة. والله أعلم.

وأخبرني الذي أوقفني على هذا الجواب: أن مستند المجيب قول الشيخ عبد اللطيف بن فرشته في شرح المجمع في فصل طلاق الفارّ: قيّدنا طلاقها بالبينونة؛ لأنه إذا كان رجعياً فعليها عدّة الوفاة أيضاً اتفاقاً.

فقلت: لم يزل الفهم عزيزاً وبالوقوف على المأخذ يعضُّ عليها بالنواجذ، ما ذكره ابن فرشته فيما إذا مات وعدة الطلاق قائمة؛ لأنّها حينئذٍ زوجة. وعلى الزّوجة تربص أربعة أشهرٍ وعشراً.

أمّا إذا كانت العدة منقضية، فلم تكن زوجة فلا يجب عليها عدة ولا ترث عندنا. والله أعلم.

ثم أخبرني جمعٌ من أهل العلم: أن المجيب وقف على خطي بالجواب فقال:

قـد أجبتـه بأنّها ترث. وهذا وخـاطره. فقلت: لم يكن هذا بخاطري ولا يحل هذا في دين الله لأمثالي، وإنّما هذا مصرّحٌ به في كثيرٍ من المصنّفات.

وفي بعضها مطلقٌ عن تعيين الطلاق.

قال الكرخي: إذا طلّق الرّجل امرأته طلاقاً رجعياً في مرضه الذي مات فيه، ثم مات وهي في العدة ورثته. وإن مات بعد انقضاء العدة لم ترثه. وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد وزفر والحسن بن زياد مصرّح فيه بأنّه ماتَ وهي في العدّة في كثيرٍ من المصنفات. وأشار إليه في عبارة بعضهم، وتعليل بعضٍ، وبهما معاً، وهو ما عنيته بقولي وبالوقوف على المأخذ يعضّ عليها بالنّواجذِ.

أمّا الأوّل: فقال الإمام حسام الدين في فتاواه(1): وإن كان الطلاق من المريض رجعياً، أو كان طلّقها [١٠٤/أ] في الصّحّةِ رجعياً، ثم مات وهي في العدّة، فعدّتها عدة الوفاة لا غير. وبطل عنها الحيض في قولهم جميعاً. انتهى بحروفه.

ونحوه في التتمة(2) والمنية(3).

وقال الشيخ الإمام قاضي خان في فتاواه: والحرمة المطلقة إذا مات الزوج في العدّة، إن كان الطلاق رجعياً تنقلب عدّتها عدة الوفاة. انتهى بحروفه.

وأمّا الثـاني: فقال الكرخي في مختصره: وإن كان الطلاق رجعياً في

(1) في المخطوط: (فتواه).
(2) تتمة الفتاوى للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز الحنفي صاحب المحيط، المتوفى سنة ٦١٦هـ. تقدّم الكلام عنه.
(3) أي: منية المفتي ليوسف السجستاني الذي مرّت ترجمته.

صحّةٍ أو مرضٍ فعليها: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة: ٢٣٤]. وبطل عنها الحيض في قولهم جميعاً. انتهى.

«فبطل»: يشير إلى قيامها وقت الموت إذ المنقضي المعدوم لا يبطل.

ونحو قولهم في شروح الهداية(1): أمّا إذا طلّقها رجعياً، فعدّتها عدّة الوفاة، سواءٌ طلّقها في مرضه أو في صحّتـه، ودخلت في عدّة الطّلاق، ثم مات الزّوج.

وأمّا الثالث: فقال في الهداية(2): أمّا إذا كان رجعياً، فعليها عدّة الوفاة بالإجماع، بخلاف [غير] الرّجعيّ؛ لأنّ النّكاح باقٍ من كلّ وجهٍ. انتهى.

ولا يبقى النكاح في الرجعي بعد ثلاث حيضٍ وخمسة أيّامٍ.

وقال في شرح الكنز: بخلاف المطلّقة رجعياً حيث تكون عدّتها عدة الوفاة اتفاقاً لبقاء الزوجية من كلّ وجهٍ قبيل الموت وانقطاعه بالموت. فيجب عليها عدة الوفاة. انتهى.

ومن حاضت ثلاث حيضٍ ومكثت بعدها خمسة أيام لا يكون زوجها قبل الموت وقد انقطعت الزوجية بانقضاء العدّة لا بالموت.

وقال في الإيضاح: وإن كان الطلاق رجعياً في صحّةٍ أو مرضٍ فعدتها أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً(3). بلا خلافٍ؛ لأن النكاحَ قد نفي. انتهى.

(1) فتح القدير لابن الهمام (٩/ ٢٧٤).
(2) الهداية (١/ ٢٧٤) وفتح القدير لابن الهمام (٩/ ٢٧٣) والعناية شرح الهداية (٦/ ١٠٣ و١٠٤) ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٤/ ٤٠٤) ورد المحتار (١١/ ٤٥٩).
(3) لقوله تعالى: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة: ٢٣٤].

ولا يبقى النكاح بعد انقضاء ثلاث حيضٍ وأيّامٍ.

وقال في المحيط: المطلقة الرجعية إذا مات زوجها تعتد للوفاة أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً[١]. لقيام النكاح. انتهى.

ولا قيام للنكاح بعد مضي ثلاث حيضٍ.

وأمّا الرّابع: فقال في البدائع[٢]: إذا طلّق امرأتَهُ ثم مات، فإن كان الطّلاق رجعياً انتقلت عدّتها إلى عدّة الوفاة، سواءٌ طلّقها في حالة المرض أم في حال الصِّحَّة، وانهدمت عدَّة الطَّلاق، فعليها أن تستأنف عدَّة الوفاة في قولهم جميعاً؛ لأنّها زوجتُهُ[٣] بعد الطَّلاق، إذ الطَّلاق الرَّجعيُّ لا يوجب زوال الزَّوجيّة، وموت الزَّوج يوجب[٤] على زوجته عدَّة [١٠٤/ ب] الوفاة لقوله[٥] تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] كما لو مات قبل الطّلاق. انتهى.

فقوله: انتقلت... وانهدمت... وأنّها زوجة، وموتُ الزَّوج يوجب على الزَّوجة عدَّة الوفاة... يشير إلى ما قلنا على ما تقدّم مكرّراً.

وقال في الذخيرة[٦]: وإذا كان الطلاق رجعياً في صحّةٍ أو مرضٍ، فعدّتها أربعة أشهرٍ وعشراً، وقد بطل عنها الحيض في قولهم جميعاً؛ لأنّ الطّلاق

---

(١) لقوله تعالى: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].
(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٧/ ٤١٦).
(٣) في المخطوط: (زوجة).
(٤) في المخطوط: (توجب).
(٥) في المخطوط: (بقوله).
(٦) المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه (٤/ ٧٧).

الرجعي لا يقطع النّكاح عندنا، فكانت الزوجية قائمة [لدى الموت][١]، والله تعالى[٢] جعل كل الواجب على المرأة عند موت الزوج التربص بأربعة أشهر وعشراً[٣]، وكان من ضرورته: سقوط الاعتداد بالحيض. انتهى.

* فائدة:

قال الشيخ الإمام قاضي خان في فتاواه: قالت بعد الطلاق: أيست، ثم مات زوجها بعدما مضت ثلاثة أشهرٍ من وقت إقرارها[٤] لا ميراث لها.

* فائدة أخرى:

قال في كتاب فصول[٥] العمادي: رجلٌ طلّق زوجته في المرض، فمات الزوج بعد انقضاء العدة، كان المشكل من متاع البيت لوارث الزوج؛ لأنها صارت أجنبية بانقطاع العدة، ولم يبق لها يد وإن مات قبل انقضاء العدة. كان الشكل للمرأة عند أبي حنيفة؛ لأنّها قرّت فلم تكن أجنبية، وكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق.

* نكتة:

يلزم على ما فهموه من شرح المجمع، استحالة المسألة التي نصّ عليها:

---

(١) ما بين معكوفتين: من المحيط.
(٢) أقحم في المخطوط: (أعلم).
(٣) تحرف في المخطوط إلى: (أو عشرا).
(٤) في المخطوط: (اقتراع) والصواب ما أثبت.
(٥) في المخطوط: (فصولي). قال في كشف الظنون (٢/ ١٢٧٠): فصول العمادي في فروع الحنفية، وهو: جمال الدين بن عماد الدين الحنفي، رتبها على أربعين فصلاً في المعاملات فقط. قال في أوله: وترجمت هذا المجموع بفصول الأحكام لأصول الأحكام.

أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمّد، وزفر، والحسن بن زياد، وتبديل حكمها الشرعي، وتحريم فرج حلال مدّة، وإباحة أكل مالين بالباطل، نفقة العدة بعد انقضائها إلى الموت والميراث. والله أعلم.

تَمَّت

* * *

* قال ـ رحمه الله ـ:

وسئلت عن رجلٍ طلّق امرأته طلقتين وراجعها من الثانية. ثم قال لها: أنت طالقٌ ثلاثاً. أنت طالقٌ ثلاثاً، أنت طالقٌ ثلاثاً. فقالت له امرأة حال قوله: أنت طالق ثلاثاً. قُل: إن شاء الله تعالى. فقال: إن شاء الله متصلاً بالمرة الثالثة، فهل يقع أم لا؟.

فأجبت: نعم. وقع عليه الطلاق الثلاث في هذه الصورة [١٠٥/أ]. والله أعلم.

ومستندي: قول علمائنا: إذا قال لها: أنت طالقٌ ثلاثاً، أنت طالقٌ إن شاء الله. يقع.

وقوله: أنت طالقٌ فاصل بين الثلاث. والاستثناء.

وقولهم: إن المذكور في آخر الكلام إذا يقع به طلاق أو يجب به حد. فالاستثناء على الكل. والله أعلم.

وسئلت عن وجه قوله في القنية بحيتئذٍ أنت طالق بائنٌ إن شاء الله تعالى. لا يقع. أجبتُ: بأن الطلاق الصّريح رجعي، فوصفه به لغو، فيكون فاصلاً فيلحقه الاستثناء. والله أعلم.

وأخذت هذا من قول علمائنا. لو قال لها: أنت طالقٌ ألبتة إن شاء الله.

أو قال لها: أنت طالق بائنٌ إن شـاء الله. فالاستثناء صحيح ولا يصير قول ألبتة فاصل؛ لأنّ الطلاق قد يكون بائناً وقد يكون غير بائنٍ. فإذا قال: ألبتة. أو قال: بائن فقد وصف الطلاق بوصف يليق به، فلا يصير فاصلاً بخلاف ما إذا قال: أنت طالقٌ ثلاثاً ألبتة أو ثلاثاً بواوين معاً إن شـاء الله. فإنّ هنـاك لا يصح الاسـتثناء ويصير قوله ألبتة بواوين فاصلاً على ظاهر الروايـة؛ لأنّ الثلاث لا يكون إلا بواوين فيلغوا هذا الوصف ويصير فاصلاً.

وعن محمّد: لا يصير فاصلاً. انتهى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

* وسئل عن رجلٍ حلف بالطلاق من زوجته ليضعن هذا الزيتـون في هذا الصحن فكسرت زوجته الصحن من ساعته يحنث إن لم يوجد زمان يسع الفعل بعد اليمين.

فأجاب: بأنه قد وقع الطلاق والله أعلم.

ثم أحضر إليه السؤال. وعليه جواب صورته: لا حنث عليه. والحال هذه. والله أعلم. وإلى جانب الجواب سؤالٌ صورته: المسؤول. دليل هذا الجواب ليطمئن نفس الحالف. وعليه جواب صورته.

قد قال علماؤنا ـ رحمهم الله تعالى ـ: إنّ زمن البر يستثنى من اليمين، فإذا حلف ليضعن هذا [١٠٥/ب] في هذا الإناء، فلا بد من تصوّر زمن البر، فإذا لم يتمكن من ضيق الزمان من الوضع فيه، لم يتصور، فلا يحنث إذا حصل الكسر قبل ذلك. والله أعلم.

فخشي الشيخ ـ رحمه الله ـ من إباحة الفرج بهذه الشبهة.

وكتبت:

الحمد لله رب العالمين. ربّ زدني علماً.

قد تقدم مني جواب في هذه الواقعة، يحنث الحالف؛ لأنّ هذه المسألة من فروع مسألة الكوز المطلقة عن الوقت. وفيها: يجب البر في الحال. فإذا فات المحل المحلوف عليه، حنث.

وعلى هذا: ما قال في الذخيرة[1]: والله لآكلنّ هذا الطّعام لو هلك من ساعته يحنث في يمينه.

وفي فتاوى الملا الأعلى[2]: ومن هذا الجنس: إن لم تذهبي وتأتي بذلك الحمام، فأنت طالقٌ، فذهبت لتأتي به فطار الحمام، يقع الطلاق، وما علل به لعدم الحنث ليس عبارة أحد من علمائنا، وإنما قالوا في مسائل الحلف على ترك ما هو متلبس به إن تحقق من البر مستثنى عن اليمين، وهذا ليس مما نحن فيه.

ألا ترى أنهم لم يقولوا فيمن حلف: ليمسنّ السماء، إنّ زمن البر مستثنى، فلا يحنث حتى يمضي زمان يتمكن فيه زمن الفعل، وإنما قالوا: يحنث للعجز الحالي.

وبالجملة: فليس لأحدٍ أن يفتي بضدّ المنقول. والله أعلم.

* * *

* سئل ـ رحمه الله تعالى ـ: عن امرأةٍ تسمّى وزيرة باعت أمةً لها تسمّى حسبيَ الله مع ابنةٍ لها تسمّى حريقة لامرأةٍ تسمّى فاطمة وكان البيع بحضور زوج وزيرة البائعة ويسمّى عُمر، ثم إنّ المرأة المذكورة جاءت بولدٍ وهي في ملك فاطمة وسمي شعبان، ثم إن فاطمة المذكورة باعت الأمة وولدها وسن

(١) انظر المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه (٤/ ٦٦٢ و٦٦٣).

(٢) لعله: (الملا علي).

الولد إذ ذاك نحو أربع سنين لرجلٍ يقال له القاضي صدر الدين، فأقاموا في ملكه فبعد بلوغ شعبان كان معترفاً بالرّق لسيّده، ثم بعد ذلك ادّعى عُمر زوج وزيرة: أن شعبان ابنه وصدّقه الولد وأمه على ذلك. وذهبوا إليه. فهل يثبت نسبه بهذه الدعوى أم لا؟ وهل يستحق عمّن يملك الولد على السيّد أم لا؟ وهل يعتق بذلك أم لا؟ وهل للسيد التصرف بعد هذه الدعوى أم لا؟ أفتونا مأجورين.

فأجاب ـ رحمه الله ـ:

لا يثبت نسب الولد [١٠٦/١] المذكور إلاّ أن يصدّقه المالك ولا يستحق المدعي ملكاً على السيّد بهذه الدّعوى، ولا يعتق العبد.

وللمالك أن يتصرّف فيه بسائر التصرفات الشرعية ولا عبرة لتصديق الولد؛ ولا أمّه في هذه الحالة. والله أعلم.

قال ـ رحمه الله ـ: ثم وقفت على السؤال وقد كتبت عليه: كل من يكتب على الفتوى في بلدنا من الحنفية: أنه يثبت نسب الولد بدون تصديق المالك.

فكتبت:

أمّا مستندي فيما كتبت فقول صاحب البدائع[1]: وإن لم يكن الولد في يد نفسه، فإمّا أن يكون مملوكاً، وإمّا أن لم يكن، فإن كان ملك غيره وقت الدعوى، فإن كان علوقه في ملك المدعي يثبت نسبه بنفس الدعوى أيضاً.

وإن لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت النسب إلا بتصديق المالك على ما ذكرنا. والله أعلم.

* * *

(١) انظر بدائع الصنائع (١٦/ ٢٥٨ ـ ...).

* **وسئل ـ رحمه الله ـ عمّن باع فضّة قرضٍ حجر بفلوسٍ مؤجّلةٍ.**

فأجاب: بأنه لا يجوز لتصريح الأصحاب، بأنّ النقرة من جنس الثمن، وأصل الثمن وتصريحهم بأن الفلوس النافقة ثمن وبيع أحد الثمنين المختلفي الجنس بالآخر نسيئة لا يجوز وإن جعلت الفلوس قروضاً لإقدامهما على تأجيلها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف. فلا بد أن يجعل مسلماً فيها.

وإذا قلنا بجواز السلم بلفظ البيع على الرّاجح فشرطه استيفاء شرائط السلم. كما قال في المنتقى: وينعقد السلم بلفظ البيع والشراء إذا وجد شرائط السلم ولم يستوف هنا قول الإمام وهو المفتى به. والله أعلم.

* * *

* **وسئل ـ رحمه الله ـ: عمّن باع داراً بيع التقاضي وقبض بعض الثمن، ثم أقبض الباقي بعد هذه. ووقع التكاتب عند ذلك، وقد كان المشتري أباح شخصاً السكنى في الدار. فهل البيع صحيح أم لا؟ وهل يتوقف على الكتابة؟ وهل للبائع أو المشتري الرجوع على المباح له السكنى بأجرة المثل؟. وهل للذي أباح أن يرجع عن الإباحة [١٠٦/ ب] أم لا؟.**

فأجاب: أن البيع صحيحٌ وإن لم يقبض كل الثمن. وأنه لا يتوقف على المكاتبة عند أحدٍ من علماء الأمّة. وليس للبائع ولا للمشتري رجوع على المباح السكنى بشيءٍ لا أجرةَ مثل ولا غيرها.

وإن قلنا بصحّة البيع ولا إن قلنا بعدم صحّته، وللمبيح الرجوع متى شاء. والله أعلم.

وهذا بناء على الصحيح في صحّة بيع التعاطي والاكتفاء بقبض أحد البدلين.

وأمّا عدم رجوع المبيع فظاهرٌ إذا قلنا بصحّة البيع.

ولو قيل بعدم صحّة البيع على قول الكرخي فعنده: المنافع لا تضمن. والله أعلم.

* * *

* مسألة:

رجلٌ باعَ رجلاً سكراً ووزنه له، فألقى له ذهباً بمقدار الثمن، ونظر البائع إلى الذهب فوجد ديناراً منه ردياً. فقال له: أبدله. فألقى له غيره ولم يأخذ الأوّل حتى ضاعا جميعاً. فما الحكم؟.

أجاب: إن كان الدينار الذي ألقاه جيّداً فهو للسكري من ثمن سكّره. والله أعلم.

* * *

* سئل عن رجلٍ باعَ عن رجلٍ فصّاً من ياقوتٍ أحمر في خاتم من ذهب بثمن معلوم ودفع البائع الخاتم إلى المشتري وفيه الفصّ، فضاع عند المشتري فماذا يلزم المشتري.

أجاب: إن كان الفصّ يمكن نزعه من غير ضررٍ فهذا قبض وعليه ثمن الفصّ ولا شيء عليه في الخاتم.

وإن كان لا يمكن نزعه إلا بضررٍ فليس هذا القبض بصحيحٍ. وقد أفسخ البيع قبل القبض بهلاك المبيع ولا شيء على المشتري. والله أعلم.

* * *

* وسئل عن رجلٍ باع ثوباً بَعْلَبَكِّيّاً معلوماً بينهما، وديناراً ذهباً بمئة وخمسين درهماً إلى ستة أشهر.

فأجاب: بأن البيع باطل بينهما جميعاً لا يجوز لا في الثوب ولا في الدينار. والله أعلم.

* * *

* وسئل عن رجلٍ باع ديناراً بخمسة وعشرين نصفاً من الفضة معاملة الآن، ثم اشترى منه منديلاً إسكندرياً معلوماً بينهما بخمسة وعشرين نصفاً من الفضة معاملةَ الآن، واشترى المنديل المذكور قبل بيع الدينار. فما الحكم؟.

أجاب [١٠٧/أ]: إن كان الصّرف قد وقع أوّلاً لا يكون هذا قصاصاً. وإن تقابضا قبل الافتراض بل على مشتري الدينار أن يدفع الفضة، فإذا قبضها البائع دفعها عن ثمن المنديل، وإن كان افترقا قبل هذا بطل الصّرف. ولبائع المنديل ثمنه عند مشتريه. ولمشتريه ديناره عند البائع، وإن لم يتقابضا بطل الصّرف وبقي البيع، وإن وقع بيع المنديل أوّلاً وتقابضا، وجعل مشتري الدينار الفضّة قصاصاً قبل أن ينصرفا، صار قصاصاً، وإن افترقا قبل أن يتقابضا بطل الصّرف وبقي البيع. والله أعلم.

* * *

* وسئل عن رجلٍ اشترى من صيّادٍ سمكةً ودفع ثمنها.

والحال: أن المشتري ناظر إلى العين المبيعة وهي بينهما، فانـدفعت إلى البحر فهل يعد وزنها تسليماً حتى يكون من ضمان المشتري أو لا يكون تسليماً حتى تسلم باليد؟.

فأجاب:

الحمد لله رب العالمين.

نعم. وزنها تسليم على قول بعض المشايخ على الصحيح. فهذه التخلية

الحاصلة بعد تمام العقد إلى اندفاعها في البحر كـان يمكن المشتري قبضها فيها، فتكون التخلية تسليماً، فتكون السمكة من ضامن المشتري.

قال ـ رحمه الله ـ: ثم وقفت على جوابٍ لبعض الحنفية صورته:

الحمدُ لله الذي به أستعين، نعم المولى ونعم المعين.

أقول ـ وبالله التوفيق ـ: لا يسمّى مثل هذا تسليماً حقيقةً، وإن حصلت التخلية بينه وبين المشتري صورة في الجملة فلا بد من تسليمه إيّاها باليد حقيقةً لكونها بمنزلة السمكة في البحر حكماً من حيث قيام المانع من التسليم، وله نظائر كثيرة مذكورةٌ في الفقه.

وكتب الشيخ ـ رحمةُ الله عليه ـ: التسليم باليد ليس مذهب علمائنا، فلا يخفى بطلان ما ذكر على ذي لبٍّ والقواعد والنواظر ناطقةٌ بموافقة ما ذكرنا[١] ومخالفة ما ذكر.

قال في الذخيرة[٢]: وتسليم المبيع: هو أن يخلي[٣] بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائلٍ[٤]، وكذا التسليم في جانب الثمن.

وقال الشّافعي: التّخليَةُ ليست بقبضٍ.

والصحيح مذهبنا؛ لأنّ[٥] التسليم مستحق على البائع، وما يستحق على

---

(١) جاء في هامش المخطوط: (قلنا).

(٢) المحيط البرهاني لبرهان الدين مازه (٦/ ٢٣٠).

(٣) في المحيط: (يحل).

(٤) في المخطوط: (حامل).

(٥) في المخطوط: (لا).

الإنسان يجب أن يكون له طريق [الخروج] عن عهدته بنفسه، ولو توقف ذلك(١) على [١٠٧/ ب] وجود الفعل من غيره، وذلك الغير مختار(٢) في الفعل يبقى هو في عهدة الواجب. انتهى بحروفه.

وقال في السير الكبير: إذا ولّى الإمام رجلاً ببيع الغنائم، فجعل ذلك الأرماك(٣) في حظيرة وباع رمكةً منها رجلاً وقال للمشتري ادخل الحظيرة واقبض الرمكة. قد خلّيت بينك وبينها. فدخل الحظيرة لقبض الرمكة فعالجها، فانفلتت منه، وخرجت من باب الحظيرة وذهبت ولا يدري أين ذهبت ينظر في ذلك، فإن كان المشتري لا يقدر على أخذها فالهلاك على البائع؛ لأن المشتري لم يصر قابضاً لها حقيقةً، وهذا ظاهرٌ، ولا حكماً؛ لأنّه لم يتمكن من قبضها إذا كان لا يقدر على أخذها.

وإن كان المشتري يقدر على أخذها فالهلاك على المشتري؛ لأنه صار قابضاً لها حكماً؛ لأنّ في هذا يستوي الجواب بينهما إذا كان المشتري يقدر على أخذها من غير كلفةٍ ومشقةٍ.

ففي الحالتين يصير قابضاً لها بالتخلية؛ لأنّ في هذا الباب للتمكّن من القبض لا غير، ثم قال: وقعت فتوى في زماننا: أنّ رجلاً اشترى بقرةً من رجلٍ وهي في المرعى. فقال له البائع: اذهب فاقبض البقرة. فأفتى بعض مشايخنا: أنّ البقرة إذا كانت بمرأى العين بحيث يمكن الإشارة إليها وهذا قبض وما لا فلا.

---

(١) في المحيط: (لو قال لوقف ذلك).

(٢) في المخطوط: (مختارا).

(٣) الأرماك: جمع الرمك، وهي الفرس والبرذونة تتخذ للنسل. القاموس.

وهذا الجواب ليس بصحيح. والصّحيح: أن البقرة إذا كان يتمكن المشتري من قبضها لو أراد، فهو قابضٌ لها بدليل مسألة الرمكة التي ذكرناها. انتهى. والله أعلم.

* * *

* وسئل ـ رحمه الله ـ: عن رجلٍ اقترض من رجلٍ مالاً على تركةِ فلان، ثم أحال المقرض على رجلٍ غائبٍ بالقدر الذي اقترضه، ثم بعد ذلك صدر بين المقرض والمقترض براءة جامعة وإقرار بعدم الاستحقاق محكوم بموجب ذلك من حاكمٍ حنفي فادّعى المحال عليه بأنّ الحوالة باطلة.

وأجيب بذلك، فهل للمقرض الرجوع بعد البراءة والحكم بموجبها أم لا؟.

والجواب: ملصق على الإقرار بالقرض والحكم. إلخ.

وعليه جواب شافعي صورته إن كان اقترض على جهة التركة. فلا يصحّ القرض ولا الحوالة وله الرجوع على المقترض وتحته جواب الحنفي صورته ما لم يوجد القرض بشرطه [١٠٨/ أ] والحوالة بشرطها فله الرجوع بطريقه شرعاً كما أفتى به فلان.

وإلى جواب الكافيجي: عقد القرض ليس بلازمٍ لا سيّما على التركة. كما لا يجوز القرض على الوقف. وله الرجوع بعد الحكم والإبراء مع كلام آخر غير معتبر.

فكتب الشيخ ـ رحمه الله ـ:

ليس له الرجوع وهذه الأجوبة كلها باطلة.

أمّا الشافعي: فلأنه مسبوق بحكم الحنفي الذي شاهده.

وكتب تحته من غير علمٍ بمذهب الحاكم.

وأمّا الحنفي: فقد أخطأ مذهبه.

قال الإمام الأسروشني[1] في فصوله: رجلٌ أبرأ رجلاً عن الدّعاوى والخصومات، ثم ادّعى عليه مالاً بالإرث من أبيه إن مات أبوه قبل إبرائه، صح الإبراء ولا تسمع دعواه وإن لم يعلم هو بموت الأب عند الإبراء[2].

وقال في فتاوى قاضي خان: اتفقت الروايات على أن المدعي لو قال: لا دعوى لي قبل فلانٍ ولا خصومة لي قبل فلانٍ يصحّ حتى لا تسمع دعواه إلا في حق حادثٍ بعد البراءة.

وهنا لم يكن كذلك؛ لأنّ الحوالة لم تنقل الدين من ذمة المقترض عندنا لغيبة المحال عليه وعدم رضاه ولا عبرة بظن المحتال وحيث كان المال في ذمّته فالبراءة صحيحة وإن لم يعرف المبرئ أن الذمة مشغولة بالدين كما نقلناه.

وقول المجيب الثالث: إن عقد القرض غير لازمٍ خطأٌ لقول علمائنا: إنّ القرض يملك بالقبض عند أبي حنيفة وبالاستهلاك عند أبي يوسف.

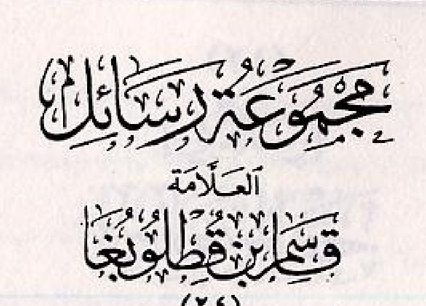
وقولـه: كما لا يجوز القرض على الوقف خطأٌ أيضاً. لقولهم بجواز الاستدانة على الوقف بإذن الحاكم بلا خلاف، وبدون إذنه على الخلاف.

وأمّا قولـه: إنّ له الرجوع فخطأ أيضاً. وقد علم وجه ذلك من الكلام على ما قبله. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

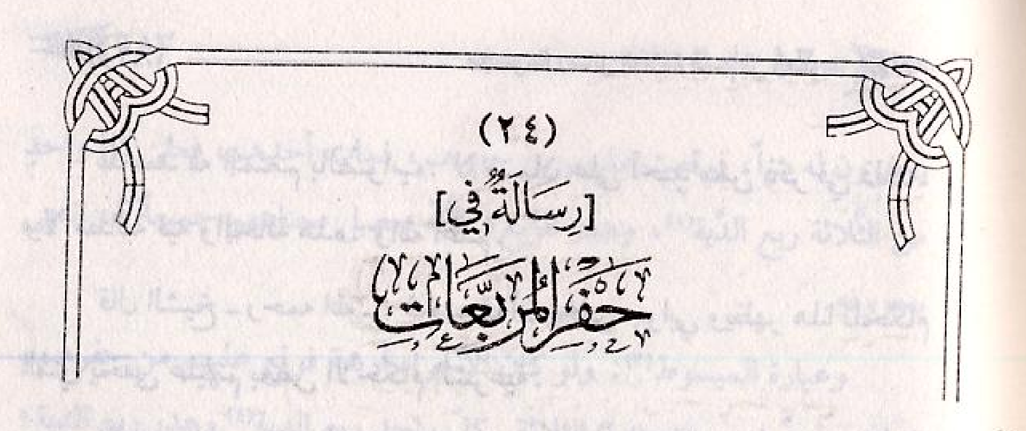
(١) تحرف في المخطوط إلى: (الأستروشني). وهو الشيخ، الإمام، مجد الدين، أبي الفتح، محمد بن محمود الأسروشني الحنفي، المتوفى سنة نيف وثلاثين وست مئة. وأسروشنه ـ بضم الهمزة، والراء المهملة، وفتح الشين المعجمة، والنون ـ: اسم إقليم بما وراء النهر. انظر كشف الظنون (١/ ١).

(٢) ذكره صاحب تكملة حاشية رد المحتار (٢/ ٣٢٨ و٣٤٤) وعزاه لصاحب الخلاصة.



[رسالة في]
حفر المربعات

تأليف
العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي
المولود سنة ٨٠٢ هـ والمتوفى سنة ٨٧٩ هـ
رحمه الله تعالى



* سئل - رحمه الله تعالى - عن رجلٍ استأجر أُجراء يحفرون له مربعة عمقها قامتان وأزيد ليغرس فيها الكرم، فانهدمت حائط من حيطان المربعة على بعضهم في حالة الحفر، فمات فهل يهدر دمه أو يطالب به رفقته أو يطالب به المستأجر؟ وماذا يجب في ذلك؟.

فأجاب:

لا مطالبة على المستأجر وعلى الرفقة الذين يحصصهم وتقسط حصّة الميت. وهذا مما لا خلاف [١٠٨/ب] عندنا نعلمه في ذلك.

فلفظ الرواية هكذا:

ولو استأجر أربعة نفرٍ يحفرون له بئراً فوقعت عليهم من حفرهم فمات أحدهم، فعلى كلّ واحدٍ من الثلاثة ربع الدّية وهدر الربع؛ لأنّه حصل بجنايتهم. والله أعلم.

فأحضر إليه سؤال ثانٍ في رجلٍ استأجر ثمانية رجالٍ يحفرون له مربعة في رملٍ عمقها قامتان وأزيد ليغرس فيها الكرم، فانهدمت حائط من حوائطه الأربعة على اثنين منهم في حالة الحفر، فماتا. فهل يهدر دمهما أو يطالب به رفقتهما، أو يطالب به المستأجر. وماذا يجب في ذلك؟.

الحمدُ لله المنعم بالصّواب. لا ضمان على أحدٍ ممن ذكر في ذلك، ولا مطالبةَ فيه والحالة هذه. والله أعلم.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: فخشيت أن يخفى جوابي ويظهر هذا للحكام الذي يخفى عليهم بعض الأحكام الشرعية.

فكتبت إلى جانب ذلك الجواب، ما صورته:

الحمد لله. ربّ زدني علماً.

﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنتَ ٱلْوَهَّابُ﴾ [آل عمران: ٨].

لا يهدر ذمّتهما، ويطالب رفقتهما بديتهما، فعليهم دية ونصف دية لأولياء كلِّ واحدٍ منهما: ثلاثة أرباع دية، ويهدر ربع هذا مما لا خلاف فيه عندنا.

وأمّا المستأجر فلا شيء عليه. والحالة هذه والله أعلم.

وخشيت من أصحاب الأغراض الفاسدة أنهم يحتجون في مثل هذه الواقعة بذلك الجواب ويقولون:

قد أجاب فلانٌ في مثل هذا بكذا، كما يقولون في أحكام بإجماع المسلمين صدرت من بعض الحكام: قد حكم فلانٌ في مثل هذا بكذا، فعلقت هذا التعليق وضمّنته عبارات كتب علمائنا ليتمكّن القائم لله من الرّد على المبطلين.

فعبارة التجريد والإيضاح والمفيد والمزيد(١): ولو استأجر أربعة نفرٍ

(١) (التجريد الركني في الفروع) للإمام ركن الدين، عبد الرحمن بن محمد المعروف، بابن أميرويه الكرماني الحنفي، المتوفى سنة ثلاث وأربعين وخمس مئة، وشرحه =

يحفرون له بئراً، فوقعت عليهم من حفرهم، فمات أحدهم، فعلى كلِّ واحدٍ من الثّلاثة ربع الدِّية(١)، وهدر الرُّبع؛ لأنّه حصل بجنايتهم جميعاً(٢). انتهى بحروفه.

وعبارة المبسوط(٣): ولو كان الأجراء أربعة فوقع عليهم من حفرهم، فمات واحدٌ ضمن [١٠٩/أ] الثلاثة. كلّ واحدٍ ربع الدية(٤) وهدر ربع الدية؛ لأن الأجراء مباشرون للإتلاف؛ لأنّ البئر إنما انهارت عليهم من حفرهم، فصارت كما لو استأجر أجراء لهدم حائط فسقط حالة الهدم من أيديهم شيءٌ على إنسانٍ ضمن الهادمُ؛ لأنه مباشرٌ. فكذا هذا. والأمر سبب والضمان على المباشر دون السبب. فقد تلفَ المقتول بجنايته وبجناية ثلاثة من أصحابه وجنايته مهدرة، وجناية أصحابه معتبرة. كما لو جرح نفسه جراحة وجراحة

= وسمّاه: (الإيضاح)، وهو ثلاث مجلدات. وشرحه أيضاً: شمس الأئمة، تاج الدين، عبد الغفار بن لقمان الكردي الحنفي، المتوفى سنة اثنتين وستين وخمس مئة، وسماه: (المفيد والمزيد). كشف الظنون (١/ ٣٤٥).

وقال المصنف في تاج التراجم (ص١٢): عبد الغفور بن لقمان بن محمد تاج الدين، أبو المفاخر الكردري، تفقه على: أبي الفضل عبد الرحمن الكرماني، وتولى قضاء حلب للعادل نور الدين محمود، وصنّف شرحاً على الأخسيكتي، وشرحاً على التجريد، وسمّاه: المفيد والمزيد، وشرح الجامع الصغير على طريق الجامع الكبير في تقرير أصول الأبواب، وكان على غاية من الزهد، توفي سنة اثنتين وخمسين، وقيل: اثنتين وستين وخمس مئة.

(١) تحرف في المخطوط إلى: (الدرية).

(٢) انظر الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري (٥/ ٤٧).

(٣) انظر المبسوط للشيباني (٣/ ٤٧ ـ ...) والمبسوط للسرخسي (٧/ ٤٢٢ ـ ...).

(٤) تحرف في المخطوط إلى: (الدرية).

ثلاثة ضمنوا ثلاثة أرباع الدية. فكذا هذا. انتهى.

وهذه عبارة المحيط والذخيرة أيضاً.

وعبارة القاضي الإمام فخر الدين قاضي خان[1]: رجلٌ استأجر أربعةَ رهطٍ يحفرون له بئراً فوقعت من حفرهم، فمات أحدهم، كان على كل واحدٍ من الثلاثة الباقين ربع دية الميت، وسقط ربعها، فبقي ثلاثة الأرباع. انتهى.

وعبارة البدائع[2]: ولو استأجر أربعة نفرٍ يحفرون له بئراً، فوقعت عليهم من حفرهم، فمات أحدهم، فعلى كلِّ واحدٍ من الثَّلاثة ربع الدِّية، وهدر الرُّبع؛ لأنَّه مات من أربع جناياتٍ إلاَّ أنَّ جناية المرءِ على نفسه هدرٌ، فبطل الرُّبع، وتثبت جناية[3] أصحابه [عليه]، فتعتبر، ويجب عليهم ثلاث[4] أرباع الدِّية على كلِّ واحدٍ منهم الرُّبع.

وقد روى الشَّعبيُّ، عن عليٍّ رضي الله عنه: أَنَّهُ قَضَى عَلَى الْقَارِصَةِ وَالْقَامِصَةِ[5] وَالْوَاقِصَةِ بِالدِّيَةِ أَثْلاثاً وَهُنَّ[6] ثَلاثُ جَوَارٍ، رَكِبَتْ[7] إِحْدَاهُنَّ الأُخْرَى، فَقَرَصَتْ الثَّالِثَةُ الْمَرْكُوبَةَ فَقَمَصَتْ[8] فَسَقَطَتْ الرَّاكِبَةُ فَقَضَى لِلَّتِي وَقَصَتْ بِثُلُثَيْ الدِّيَةِ عَلَى

(١) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي (١/ ٣١٨ و٣/ ٤٥٠) نقلاً عن قاضي خان.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٦/ ٤٣٧ ـ . . .).

(٣) في البدائع: (وبقي جنايات).

(٤) في المخطوط: (ثلاثة).

(٥) تحرف في المخطوط إلى: (والقانصة).

(٦) تحرف في المخطوط إلى: (بين).

(٧) تحرف في المخطوط إلى: (كتب).

(٨) تحرف في المخطوط إلى: (فقنصت).

صَاحِبَتِهَا، [وَأَسْقَطَ الثُّلُثَ]؛ لأَنَّ الْوَاقِصَةَ أَعَانَتْ عَلَى نَفْسِهَا[1].

وَرُوِيَ: أَنَّ عَشَرَةً مَدُّوا نَخْلَةً فَسَقَطَتْ عَلَى أَحَدِهِمْ، فَمَاتَ، فَقَضَى عَلِيٌّ رضي الله عنه عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعُشْرِ الدِّيَةِ، وَأَسْقَطَ الْعُشْرَ؛ لأَنَّ الْمَقْتُولَ أَعَانَ عَلَى نَفْسِهِ[2]. انتهى بحروفه. والله أعلم.

* * *

* وسئل عن رجلٍ استأجرَ جميع بستانين يعرف أحدهما بابن أبي الفرج والآخر بجنينة للنصارى، وساقى على ما بالبستانين من النخيل والأشجار المساقاة الشرعية، على أن يقوم على النخيل والأشجار الكائنة بالبستانين المعلومة [١٠٩/ ب] عندهما العلم الشرعي بنفسه، وبمن يستعين به من رجاله على ما يجوز عليه عقد المساقاة الشرعية من تنظيفٍ وتأبيرٍ وسقيٍ على العادة في مثل ذلك، على أنَّ مهما طلعه الله من ثمره في ذلك كانت مقسومةً بينهما على مئة جزءٍ، وتسعةٍ وتسعين جزءاً للمساقي المذكور، وجزءٌ واحدٌ لرب الأشجار المذكورة، ثم إن المستأجر المذكور أجّر البستان المعروف بجنينة النّصارى لرجلٍ آخرَ، وساقاهُ كما في أبحاره، ومساقاته من غير زيادةٍ، ثم إنَّ المؤجّر الأوّل جافى غيبة المستأجر منه ووضع يده على جميع سواقط البستانين، وجميع ثمرة البستان المعروف بجنينة النّصارى، وباع ذلك وتصدّق فيه لنفسه. فماذا يجب عليه للمستأجر منه، وللمستأجر الآخر؟

فأجاب الشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ:

(١) لم أجده.

(٢) لم أجده.

الحمدُ لله. ربِّ زدني علماً.

لا يجب عليه لا للمستأجر منه ولا للمستأجر الثاني. وللمستأجر الثاني على الأجر أجرُ مثل عمله إن كان عمل، والحالة هذه. والله أعلم.

ثم كتب على هذا جماعةٌ من أهل الديار المصرية من الحنفية ألواناً من الأجوبة بغير علمٍ.

فواحدٌ كتب:

الحمدُ لله الهادي للحقّ.

يجب على المتعدي منعُ يدِهِ مما هو كذلك مع المقابلة والضمان على الوجه الشرعي.

وكتب آخر تحت خطّه:

الحمدُ لله، وبه توفيقي.

إذا وقعت المساقاة للثاني بشروطها المعتبرة شرعاً، فهيَ صحيحةٌ. وعليه ما التزمه من العمل. وله المسمّى من الخارج من ثمرة البستان، فإذا وضع أحدٌ يدهُ على الثّمرة بغير إذنِ مالكها يكون متعدّياً، ويلزمه الضمان بطريقه الشّرعي.

وكتب ثالثٌ:

الحمدُ لله المنعمِ للصّواب.

ما وضع المؤجّر الأوّل يده بغير طريقٍ شرعي، وتعدى فيه من ذلك، يلزمه قيمته للمستأجر منه، الذي يستحقه بطريقة شرعاً، ويزجر ويردع على تجرئه وتعديه. والحالة هذه.

وإنّما قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: ما تقدّم؛ لأنّ لفظ الرواية والسواقط لصاحب النخيل؛ لأنّها ليست من الثّمرة، وإنّما هي بمنزلة النّخل نفسه.

هذا لفظ علمائنا بحروفه.

ولفظها في مسألة الثمرة والنخل لا يدفعها إلى غيره، إلاّ أن يقول له ربُّ النّخل: اعمل فيه برأيكَ. هذا لفظ أصل المبسوط(1). [١١٠/ أ]

ولفظ التجريد والمفيد والمزيد والإيضاح(2): ولو دفع نخلاً معاملةً، ولم يقل: اعمل برأيك. فدفع العاملُ إلى غيره معاملةً فعمل فيه، فما(3) خرج فهو لصاحب النّخل، وللعامل الآخر على العامل أجر مثله؛ لأنّ العامل الأوّل لم يعمل، فلم يستحقّ شيئاً. والثاني عمل بحكم عقدٍ فاسدٍ؛ لأنّ العامل لا يملك أن يعامل غيره بدون الإذن.

ولفظ البدائع(4): ومن أحكام المعاملة: أنَّ العامل لا يملك أن يدفع إلى غيره معاملةً، إلاّ إذا قال له ربُّ النّخل(5): اعمل فيه برأيك؛ لأنَّ الدّفع

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٧/ ٢١٣ ـ . . .) ورد المحتار (٢٦/ ١٢٧) وحاشية رد المحتار (٦/ ٥٩٨)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٦/ ٢١٤)، والبحر الرائق (٢١/ ٥٠٠).

(٢) (التجريد الركني في الفروع) للإمام ركن الدين، عبد الرحمن بن محمد المعروف، بابن أمير ويه الكرماني الحنفي، شرحه وسمّاه: (الإيضاح). و(المفيد والمزيد) لشمس الأئمة، تاج الدين، عبد الغفار بن لقمان الكردي الحنفي. تقدّم الكلام عنهم.

(٣) في المخطوط: (فيما). والصواب ما أثبت.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٤/ ٣١).

(٥) في البدائع: (الأرض).

إلى غيره لا يثبت[1] إثبات الشَّركة في مال غيره بغير إذنه فلا يصحُّ، وإذا قال له: اعمل [فيه] برأيك، فقد أذن له، فصحَّ، ولو لم يقل له: اعمل فيه برأيك، فدفع العامل إلى رجلٍ آخر معاملةً، فعمل فيه، فما خرج[2] فهو لصاحب النَّخل، ولا أجر للعامل الأوَّل؛ لأنَّ استحقاقه بالشَّرط ـ وهو شرط العمل ـ ولم يوجد العمل منه[3] بنفسه[4] ولا بغيره أيضاً؛ لأنَّ عقده معه لم يصحَّ، فلم يكن عمله مضافاً إليه، وله على العامل الأوَّل أجر مثل عمله [يوم عمل]؛ لأنَّه عمل له بأمره، فاستحقَّ أجر المثل. انتهى.

ولفظ المحيط: دفع إلى رجلٍ نخلاً[5] له معاملة منه بالنصف، ولم يقل له: اعمل برأيك، فدفع العامل إلى غيره معاملةً، فالخارج كله لصاحب النَّخل، وللعامل الآخر على الأوَّل أجرُ مثل عمله، ولا أجرَ للأوَّل على صاحب النَّخل؛ لأنَّ الأوَّل صار مخالفاً غاصباً لما دفع نخل غيره إلى غيره وأشركه في الخارج بغير إذن صاحبه، فلا يستحقّ الأجر؛ لأنَّه غاصبٌ. وقد استأجر الثاني بشيءٍ بعينه وهو لا يملكه، وقد أوفى الثاني العمل فيستحقّ أجر المثل على الأوَّل؛ لأنَّ الخارج تولَّد من النَّخل، فيكون لصاحبه. انتهى.

ولفظ الذخيرة: وإذا دفع إلى رجلٍ نخلاً معاملةً بالنّصف ولم يقل: اعمل برأيك، فدفع العامل إلى آخر معاملة يعمل فيه فما خرج فهو لصاحب النَّخل.

---

(١) (لا يثبت) غير موجودة في البدائع.

(٢) في البدائع: (فأخرج).

(٣) في البدائع: (منه العمل).

(٤) في المخطوط: (نفسه).

(٥) تحرف في المخطوط إلى: (دخلا).

وللعامل الآخر على العامل الأوَّل أجر مثله فيما عمل بالغاً ما بلغَ، ولا أجر للعامل الأوَّل. أمّا لا أجرَ للعامل الأوَّل؛ لأنَّه يكون إيجاب الشركة [١١٠/ ب] في مال الغير. والعامل الأوَّل لم يعملن بنفسه. وعمل الثاني غير مضافٍ إليه؛ لأنَّ العقد الأوَّل لم يتناوله، فلا يستحقّ أجر المثل، وإنَّما للعامل الثاني أجر مثل عمله على الأوَّل؛ لأنه أوفى العمل. وقد استأجره الأول فيستحقّ أجر المثل عليه. قالوا: وقوله: بالغاً ما بلغ. قول محمّدٍ. أمّا عند أبي يوسف فلا يتجاوز به ما سمّى. انتهى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

* وسئل الشيخ من مدينة غزَّة:

هل يجوز للجنـدي أن يؤجر ما أقطعـه الإمام الأعظم من أراضي بيت المال، ولا يجوز لكونـه غير متمكنٍ من استمرار التسليم فـي جميع المدَّة، لجواز أن يخرجـه عنه في أثناء المدّة، وبكونه ملك منفعة ذلك لا في مقابلة مالٍ، فهل للجندي نظير المستأجر في أنّ له أن يؤجّر أو نظير المستعير في أنّه ليس له أن يؤجّر المستعار.

فإن قيل لجواز الإجارة ولزومها، فهل إذا مات المؤجّر إن أخرج الإمام الأرض عنه، وأقطعها لغيره تنفسخ الإجارة أو لا؟.

فإن قيل: بعدم انفسـاخها، فهل تبقى بأجر المثل أو بما سمّاه المؤجّر الأوّل. والحال: أنّ الأرض المؤجّرة لم يكن للمستأجر فيها بناءٌ ولا غرسٌ ولا نسبٌ.

فأجاب:

الحمدُ لله. ربّ زدني علماً.

نعم. لهُ أن يؤجّر ما أقطعه الإمام، ولا أثر لجواز إخراج الإمام له في أثناء المدّة، كما لا أثر لجواز موت المؤجّر في أثناء المدّة ما أجّرَ، ولا لكونه ملك منفعةً لا في مقابلة مالٍ لاتفاقهم على أنّ من صولح على خدمة عبدٍ سنة كان للمصالحِ أن يؤاجره إلى غير ذلك من النصوص الناطقة لجواز إيجار ما ملكه من المنافع لا في مقابلة مالٍ، فهو نظير المستأجر؛ لأنه ملك الإقطاع بمقابلة استعداده لما أعدّ له، لا نظير المستعير لما قلنا، وإذا مات المؤجّر أو أخرج الإمام الأرض عن المقطع تنفسخ الإجارة لانتفاء الملك إلى غير المؤجّر. كما لو انتقل الملك في النظائر التي خرج عليها إجارة الإقطاع، وهي إجارة المستأجر. وإجازة العبد الذي صولحَ على خدمة مدةٍ معلومةٍ، وإجازة [١١١/أ] الموقوف عليه الغلّة. وإجارة العبد المأذون، وما يجوز عليه الإجارة من مال التجارة، وإجازة أم الولد. والله أعلم.

ثم وقف الشيخ على جواب لبعض الحنفية من أهل العصر صورته:

الحمد لله المنعم للصّواب.

نعم يجوز للجندي أن يؤجّر إقطاعه حيث كان، يتضمن إقطاعه له ملك المنفعة والتصرّف فيه في العرف العام بما يراه، وليس هذا نظير المستعير وتكون الإجارة من المقطع صحيحة لازمةً حيث كانت مشتملةً على شروطها شرعاً، ولا ينفسخ بالموت ولا بإقطاعه غيره.

فإنّ الإمام جعله كالوكيل في ذلك. وتبقى بالمسمّى الذي وجد في شرط اللزوم، ويشهد لذلك: قواعد علمائنا والحالة هذه.

قال الشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ:

قوله: في العرف العام. مستدرك لاستناده التصرف من ملك المنفعة، ولعدم صلاحيته؛ لأنه يكون وكيلاً.

وقوله: إنه لا تنفسخ بالموت ولا بإخراج الإمام الإقطاع عنه. مخالفٌ لحكم النّظائر التي خرج جواز الإقطاع عليها، كما صرّحت بها.

وقوله: إنّ الإمام جعله كالوكيل مخالفاً لما صدر به من أنّه ملك المنفعة والتصرّف بما يراه.

وقوله: إنّ القواعد تشهد بذلك. من نوع فتاوى الرأي. حيث لا يتصور أن يكون مالك المنفعة على الانفراد وكيلاً في إيجارها عن غيرها. والله أعلم.

* * *

* قال ـ رحمه الله تعالى ـ:

ورد علينا من دمشق من قبل الأمير قراجا الظّاهري(١) ثلاثة أسئلة:

الأوّل(٢): في قتيلٍ وجدَ في محلّةٍ أو بين قريتين أو بين طائفتين التقتا بالسيوف وغيرها، فأجلوا عن قتيلٍ وطلب أولياء القتيل ديَته من أهل المحلّة، أو أقرب القريتين، أو أحد الطائفتين، أو منهما جميعاً، وادّعوا عليهم فقضى لهم بالقسامة والدية عليهم، ودفعوا الدية إلى أولياء القتيل، ثم تصرّف الأولياء في الدّية، واقتسموها فيما بينهم، فهل يكون أخذ أولياء المقتول الدية وقبولها عفواً عن القاتل من القصاص؟.

---

(١) انظر الضوء اللامع للسخاوي (٣/ ٢٧٣).

(٢) الذي ذكر في المخطوط المسألة الأولى والثالثة وربما يكون ذلك بسبب سقط من الناسخ.

وهل يكون العفو قبول الدية في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. شاملاً لما ذكر سواءٌ كان القاتل معلوماً أو مجهولاً أم لا؟.

ثم إذا ظهر القاتل بعد ذكرِ هل [١١١/ ب] يعود الأمر إلى القصاص، وينقض ما دفع من القسامة، وإعطاء الدية أم يبطل القصاص؟.

وهل لأولياء القتيل أن يدّعوا بذلك على القاتل أم لا؟.

وإذا بطل القصاص واستمر حكم الدية، وادّعى أهل المحلّة أو غيرهم على أولياء القتيل بالمال الذي أخذ منهم حيث ظهر القاتل؟.

وهل لأولياء القتيل رد المال على أهل المحلّة أو غيرهم، بأنّ القتيل وجدَ بين ظهرانيكم، وقد أعطيتم الدية بحكم الشرع وجداً لكم ما وقع منكم من التقصير في الحفظ والمنع من القتل، وكان ذلك بحيث عليكم أم ليس لهم ذلك؟.

وهل للذين أخذ منهم الدية الرجوع على أولياء المقتول سواء كان منهم أو من غيرهم؟ وتؤخذ الدية من القاتل أو من عاقلة القاتل؟ وهل يكون حكم هذا القتل حكم الخطأ أو شبه العمد فتؤخذ الدية من القاتل مغلّظةً أو من عاقلته أم يعود عمداً، ويقتص من القاتل ويبطل القضاء بالدية والقسامة؟.

وهل يفرق العلم بالقاتل بإقراره أو بالبينة أم لا؟.

وهل يسمع إقراره وقولهم: كنتم متبرعين في العطاء؟.

أم هل تسمع هذه الشهادة بعدما ذكر أم لا؟.

وهل يفرق بين ما إذا كان الشهود من أهل المحلّة أو من غيرهم أم لا؟.

فأجاب ـ رحمهُ الله تعالى ـ:

لا يكون أخذ الأولياء الدية وقبولها عفواً عن القاتل؛ لأنّه لم يُعلم، والقصاص لم يثبت، وليس الآية الشريفة شاملة لما ذكر؛ لأنّ علماء الأمّة اختلفوا فيها على أقوالٍ: ليس هذا منها. وإذا علمَ القاتل بإقراره أو بالإخبار عنه، ولا تسمع للأولياء عليه دعوى؛ لأنّ الأولياء لما ادّعوا على أهل المحلّة واختاروا من يحلف وحلفوا إلخ. فقد أبرؤوا غير أهل المحلّة عن القتل ونفوه عنه، فلا تسمع لهم دعوى على غيرهم بعد ذلك أصلاً.

وقد أشار علماؤنا إلى ذلك بتعليل عكسه. فقالوا: إذا ادّعى الولي القتل على رجلٍ من غير أهل المحلّة يكون إبراءً لهم عن القسامة والدّية؛ لأنه نفى القتل عنهم بدعواه على غيرهم. وإذا لم يسمع لهم دعوى لم يظهر القتيل عند الحكم من غير أهل المحلّة، لم يسمع لأهل المحلّة بدعوى على أولياء القتيل، ولا يسمع لهم وحدهم دعوى على القاتل، كما صرّح به في البدائع وشرح الطّحاوي [١١٢/ أ] وغيرهما. وحينئذٍ لا يتوجه شيءٌ بما ذكر. والله أعلم.

وكتبَ حنفيٌّ:

الحمدُ للهِ المنعمِ بالصّوابِ.

لا يكون ما ذكر من أخذ الأولياء للمقتول الدية، ممن ذكر عفواً عن القصاص في حقّ القاتل، حيث لم يجب شرعاً في مثل هذه الصّورة المفروضة قودٌ حتى يكون قبولهم الدية عفواً عن القصاص.

وقول العلماء: العفو قبول الدية في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] إلخ.

ليس شاملاً لذلك، فإنّ الآية الكريمة، إنّما هي في حقّ من ثبت له قصاصٌ، ثُمّ إنّ الولي أو أحد الأولياء إذا رضيَ بأخذ الديةِ، تسقط المطالبة بالقصاص، ولم تثبت في شيءٍ من الصّور مطالبةٌ بقصاص على أحدٍ شرعاً.

فإذا وقع من الأولياء ما ذكر، ثم ظهرَ بعد ذلك قاتل معيّن، وثبت بطريقة شرعاً ذلك وتعين الحق عليه. تعود المطالبة عليه. وما فعل تبين أنّه لم يكن عليهم. فإذا عاد بالمطالبة الولي على معيّنٍ يرد ما أخذ من عاقلة أهل المَحِلّة عليهم.

فإذا قال الأولياء: بأنّ القتيلَ وجدَ بين أظهركم، وقد أعطيتم بحكم الشرع وجداً. إلخ.

فللغارمين الدية أن يقولوا: إنّما دفعنا ذلك بناءً على الوجوب علينا شرعاً، وقد تبين عدم ذلك، فنحن نستردُّ ما أخذ منا لهم ذلك شرعاً، لكن بقيَ الكلام عند ثبوت القتل على شخص[1] معيّن عمداً، يتعلّق به القصاص بعد وجود ما تقدّم بأجمعه.

والذي يظهر: تعلّق حق القصاص عيناً بالقاتل بعد وجود شروط ذلك شرعاً.

ولا ينتقل الحكم إلى غيره إلاّ بالصّلح.

وما وجبَ به المال لا يظهر في حق العاقلة. وكذلك إذا أقرّ إذا لم يصدّقوه ما لم يظهر من أقوال مشايخنا صريحاً: أنّ فيما تقدّم قبل ظهور القاتل المعيّن عمداً يكون شبهة في وجوب القصاص، ولم أقف عليه.

(١) في المخطوط: (شخصين) والصواب ما اثبت.

وما نقل عن أبي حنيفة: أنّ شهادة بعض أهل المحلّة على قتل غيرهم أو واحدٍ منهم باطلة وإن خالفاه في الأولى، فإنّما ذلك بناءً على أنّهم صاروا خصماً أو هم بعرضية أن يصيروا خصماً [١١٢/ ب] فقالَ بالأوّل. وقالا بالثّاني.

وأمّا في الصّورة الواقعة: فهم نزلوا خصماً وألزموا الدية فلا يقبلون بلا خلاف. والحالة هذه. والله أعلم.

فقال الشيخ ـ رحمه [الله] ـ: عندما وقف عليه قوله: ثم ظهر بعد ذلك قاتلٌ معيّنٌ، وثبت بطريقة شرعاً ذلك. إلخ. هو مبنيٌّ على ما ذكر بعده. وقد ثبت أنه لا طريق للثبوت شرعاً، فلا يصحّ شيءٌ مما ذكر، ولا يحتاج إلى فرضه. والله تعالى أعلمُ.

والثّالثُ في ميّتٍ مكفّنٍ موضوعٍ في مكانٍ، فجاء قومٌ وادّعوا بأنّه أبوهم[1]، وأثبتوا ذلك، وقد ترك مالاً كثيراً، فأراد كلّ واحدٍ منهما أن يكون الميراث له[2]، ثم بعد ذلك كشفوا عن الميت فإذا هو خنثى. هل تعتبر البيّنتان أم لا؟.

وهل يكون الميراث لهم بينهم أم لا؟.

فأجاب الشيخ أمين الدين يحيى بن محمد الأقصرائي الحنفي[3]:

الحمدُ لله المنعم بالصّواب.

بعد الموت إذا حصلت الدّعوى، فالمقصود منها المال. فيعمل بمقتضي البينتين عند التعارض وعدم المرجّح، فيكون المال بينهما. ونظير ذلك: ما قال

(١) تحرف في المخطوط إلى: (أبوه).

(٢) في المخطوط: (لهم).

(٣) تقدّمت ترجمته.

مشايخنا في الأختين إذا ادّعت كل واحدةٍ نكاح رجلٍ واحدٍ ولم يكن إحداهما مرجّحة على الأخرى في بيّنتها، ولا بمرجّحٍ آخرَ.

ففي هذه الحالة تهاتر البيّنتان، ولا تعمل بيّنة منهما. وإذا كان بعد موته يعمل بهما، ويجعل الميراث بينهما نصفين، وذلك لأنّ بعد الموت مقصودهما المال.

ومسائل كثيرة من هذا الباب إذا كانت الدّعوى من كلّ واحدة وواحدٍ بعد الموت يعمل بهما في قسمة الميراث بينهما، وإن تساقط قبل الموت إذا كانت الدعوى في الحياة والحالة هذه.

ورفع إليَّ هذا على يد السيّد الأرميوني[1]، فكتبت:

(1) قال السخاوي في الضوء اللامع (٤/ ٢٠٣): محمد بن علي بن محمد الشمس، أبو الوفاء بن النور، الحصني الأرميوني القاهري الحنفي الشريف، إمام القجماسية، ولد تقريباً سنة ثلاث وأربعين وثمان مئة بالقاهرة، ونشأ بها، فحفظ القرآن والشاطبيتين والمجمع والمنار والعمدة للنسفي، وألفيتي الحديث والنحو، والتلخيص، والشمسية والتهذيب للتفتازاني، كلاهما في المنطق؛ وعرض على جماعة كابن الديري وابن الهمام والمناوي وأخذ القراءات عن الشهابين الشارمساحي والسكندري والشمس ابن العطار والزين ماهر وأبي القاسم النويري وابن كزلبغا فعلى الأول للعشر وعلى الثالث للسبع بعض ختم وعلى الثاني لنافع وابن كثير وغيرهما وعلى الأخير لنافع وابن كثير وأبي عمرو ثم للسبع إلى أثناء الحجر كلهم بالقاهرة وعن السيد الطباطبي للعشر بمكة ثم بعضه بجامع ابن الرفعة والفقه عن أبي العباس السريسي والزين قاسم بل والقاضي سعد الدين بن الديري وأكثر عنه والأصول عن أولهم وأصول الدين عن ابن الهمام والعربية عن الشرف موسى البرمكيني والجلال المرجوشي وألفية الحديث وغيرها بحثاً عن كاتبه في آخرين ممن حضر دروسهم كالأقصرائي والكافياجي وبرع في الفضائل؛ وناب في القضاء عن ابن الديري فمن بعده وناكده المحب بن =

الحمدُ لله، ربِّ زدني علماً.

لم يضع الأئمة مسألة الميّت الملفوف على هذا الوجه المذكور في السؤال؛ لأنّه لا يحصل غرضهم، فإنّ غرضهم تصوير مسألة يجتمع منها جميع الورثة الخمسة عشر الذكور والعشر الإناث ومن عدا الزوجين يمكن اجتماعهم في أيّ ميّتٍ كانَ.

وأمّا اجتماع الزّوجين: لأنّ الأولاد. وعن هذا جاء تعارض البيّنتين.

فالاعتبار الأوّل: ذكرت في الفرائض.

= الشحنة لمزيد اختصاصه بابن الصواف وما نهض لترك استنابته ثم اقتفى أثره الأمشاطي بعد أن ولاه إلى أن أخلص هو في الترك، وحج غير مرة قبل ذلك وبعده وجاور وصحب عبد المعطي المغربي وعظم اختصاصه به وأخذ عنه التصوف وغيره، واستقر في تدريس الاينالية بالشارع، والإعادة بالمهمندارية مع نيابة نظرها برغبة البرهان الكركي له عنها، وفي التدريس بالفخرية ابن أبي الفرج، وبمسجد خان الخليلي بعد الشمس الأمشاطي، وفي الإمامة بالقصر ومرتب بالجوالي الطرابلسية بعد التاج عبد الوهاب الشامي، وفي تدريس القجماسية المستجدة وإمامتها وخزن كتبها فالتدريس بعد قاضي الحنفية ابن المغربي والإمامة والخزن بعد الشمس النوبي. وتصدى للإقراء في الفقه وأصوله والعربية والمعاني والبيان وغيرها كالقراءات بل وكتب على المجمع كتابة جامعة وصلى فيها إلى صلاة العيد فأكثر، ورزقه الله ملكة قوية في التعبير عن مراده مع مزيد حافظة وحسن تصور واستحضار لمحافيظه، واعتناء بزيارة الشافعي في كل جمعة وكونه يمشي لذلك من باب القرافة أدباً، وكثرة خضوعه للمنسوبين للصلاح وترامية عليهم، بل عنده من التواضع والأدب والمداراة والتودد بالتردد لمن يألفه أو يترجى نفعه، وألفاظ بليغة ومعان جيدة يستعملها في مخاطباتهم لو كانت عن روية لحمدت مع بُعْدٍ تام عن دناءة النفس ومزيد رغبة في إظهار النعمة في ملبسه ونحوه وحشمة وافرة وموافاة تامة.

وبالاعتبار الثاني: ذكرت في أدب القاضي. ولم يجعلوها في باب دعوى الأختين كما زعم المجيب. وإنّما أجروها [١١٣/ أ] على القولين المشهورين في الخنثى.

هل يبقى إشكاله بعد البلوغ أم لا؟.

فالقائل بنفي الإشكال بعد البلوغ أعمل البيّنتين كما قال أبو سعيد الهروي في شرح أدب القضاء، عن أبي حنيفة أنّه قال: فيما إذا قام رجلٌ بيّنة على ميّتٍ ملفوفٍ في كفنٍ أنّه امرأته وهؤلاء أولادهُ منها. وأقامت امرأة بيّنة أنّه زوجها وهؤلاء أولادها منه، فكشف عنه، فإذا هو خنثى، له الآلتان:

يقسم المال بينهما، فأعمل البيّنتين، وقسم المال بين الفريقين.

وأمّا صفة القسمة: فللزوجة ما هو الأكثر وهو الرّبع[1]، ولا منازعة للزّوجة في أكثر من الثمن، فيسلّم الثمن للزوجة بلا منازعة واستوت منازعتهما في الثمن الآخر، فيكون لكلّ نصف ثمنٍ، ومخرجه من ستة عشر للزوج ثلاثة وللزوجة واحد والباقي للأولاد. فإن كان هناك أبوان، فلهما السدسان، ومخرج السدس من ستة، وبينهما موافقة بالنّصف فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، يبلغ ثمانية وأربعين. للزوجة الربع اثنا عشر. وللزوج تسعة وللزوجة ثلاثة لما قدّمناه. وللأبوين السدسان ستة عشر لكل ثمانية والباقي وهو عشرون للأولاد إن كانوا ذكوراً أو إناثاً. الأوّل من رؤوسهم. والثاني ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

فإن انكسر صحح بطريقه، وإن كانوا إناثاً فقط فلهنّ الثلثان. فتعول

(١) كرر في المخطوط عبارة: (ولا منازعة للزوجة ما هو الأكثر وهو الربع).

المسألة إلى ستين للزوجة والأبوين ما قدمناه، والباقي وهو اثنان وثلاثون للبنات، فإن استقاموا وإلاّ صحح بطريقه.

والقائل بانتفاء الإشكال بعد البلوغ يمنع من إعمال البيّنتين كما قال في فتاوى ملا الأعلى: وإن كان هذا الخُنثى المشكل مات قبل أن يظهر أمره، فأقام الرّجل البيّنة: أنّ أباه زوّجها إيّاه بألف درهم برضاها، وأنّها ولدت منهُ هذا الولد.

قال: أُجيزُ بيّنته وأجعلها امرأته، وأجعل الولد ابنها، وإن أقامت المرأة البيّنة: أنّ أباها زوّجها إيّاه برضاها منه، وأنّه دخل بها وأنّها ولدت منه هذا الولد.

قال: تقبل بيّنتها، ويقضي بكون الخنثى رجلاً وألزمه الولد، فإن اجتمعت الدّعوتان [١١٣/ ب] جميعاً. وجاءت البيّنتان معاً ولم يوقّتا أو وقّتا على السّواء، فإنّه تتهاتر جميعاً. انتهى.

وبعضهم ذهبَ إلى الترجيح فقال في فتاوى ش[1]: لو شهدَ شهودٌ على خنثى أنه غلامٌ. وشهودٌ على أنّه جاريةٌ والمطلوب ميراثٌ، قضى بشهادة الغلام وإن قضى بأنّها جارية. انتهى.

فظهر بهذا: المنقول في عين المسألة خلاف ما زعم المجيب من أنّها من باب دعوى الأختين. والله أعلم.

* * *

* وسئل ـ رحمه الله تعالى ـ عمّن عليه دَينٌ مستغرق وقد حكم بضرب

(١) كذا في المخطوط.

عنقه، فلما قدمَ لذلك، أعتق جميع ما يملكه من عبيدٍ وجوارٍ وكتب بعد ذلك عتائق بأيديهم وتزوّج بعض العبيد الجواري وليس للمعتق مالٌ سوى العبيد والجوار، فهل ينفذ العتق ويصح التزويج أم لا؟.

أجاب:

نعم. ينفّذ العتق، ويصح التزويج إلاّ المستولدات، فبعد انقضاء عدّتهن وهي ثلاث حيضٍ. والله أعلم.

قيل: قال في الفصول العمادية: المريض إذا أعتق في مرض موته ولا مال له سواه فعتقه موقوفٌ عند أبي حنيفة حتى لو شهد هذا المعتق، لا تقبل شهادته؛ لأنّه من التصرفات التي لا يحتمل الفسخ. فيتوقف وينظر في وصايا الصغرى. انتهى.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: هو كذلك في وصايا الصغرى معزوٌّ إلى الباب الثاني من الدّفتر الثاني في الزّيادات.

وهذه الروايات في زيادات الزّيادات.

ومعنى قوله: فيتوقف من العبد في الحال في أحكام الحرية من الشهادة وغيرها، فأبرأ السيّد تبيّن أنّه حرٌّ من حين أعتق، وإن مات السيّد فالمعتق بمنزلة المكاتب إذا سعى في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ.

* * *

* وسئل ـ رحمهُ اللهُ ـ عن رجلٍ عليه دُيونٌ، فرفع أمره إلى بعض القضاة لينظر في حاله، فعيّن القاضي أمره إلى بعض نوّابه وهو حنفيٌّ.

والحال: أنّ المديون لم يقدر على وفاء الديون التي عليه، كما ذكر.

ثم إنه كتب فصل محضر بإعساره. وكتبه فيه أربعة شهود بارزي العدالة، ثم جاء بعض أصحاب الديون، فادّعى عليه بدينه. فأجاب: إنّه معسرٌ لا مال له، ثم قامت تلك البيّنة شهادتهم عند القاضي، وأعذر لصاحب [١١٤/أ] الدين، وهو المدعي.

فأجاب: بعدم الدّافع والطعن لذلك.

فسأل المديون القاضي بثبوت ما قامت به البيّنة والحكم بموجبه. فأجابه لذلك، فهل هذا الثبوت والحكم صحيحان؟.

وهل ينفذ ذلك على بقية أصحاب الديون أو لا؟.

فأجاب: رفع المديون أمره إلى القاضي، وتعيين القاضي أمره إلى بعض نوّابه، ليس له أصل في الشّرع عند علمائنا، لاتفاقهم على أنّ الحق لربّ الدين في المطالبة من أيّ حكام الشريعة يشاء، وكتابة المحضر وكتابة الشهود فيه قبل الحكم مما لا عبرة به في الشرع عندنا لاتفاق علمائنا على أنّه لا تسمع البيّنة إلاّ في وجه من يكون أصلاً أو وكيلاً أو حكماً إلاّ في كتاب القاضي.

ولا تسمع البيّنة بالإعسار قبل الحبس في الصحيح.

قال في المحيط: فإن أخبره عدلٌ أو اثنانِ بإعساره قبل الحبس.

فيه روايتان:

في روايةٍ: تقبلُ ولا يحبسه.

وفي رواية الخصّاف: لا تقبل.

وإليه ذهب عامّة مشايخنا. وهو الصحيح؛ لأنّ الحبس لم يشرع حجّة لإبطال حقوق العباد، والحبس حق العباد، فلا يطل حقّه بمجرد الخبر بدون

قرينةِ الصّدق، وبعد الحبس انضمّت إلى الخبر قرينة الصّدق وهو الحبس، بل لو شهد وأقبل مضى مدة الحبس.

قال في مختارات النوازل: لا تقبل. وعليه عامّة المشايخ.

وليس للقاضي المقلّد أن يحكم بالضّعيف؛ لأنّه ليس من أهل الترجيح، فلا يعدل عن الصحيح إلاّ القصد غير جميلٍ. ولو حكم لا ينفّذ؛ لأنّ قضاءه بغير الحق؛ لأنّ الحقّ هو الصحيح.

وما وقع من أنّ القول الضعيف يتقوّى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد، كما بيّن في موضعه لما لا يحتمله هذا الجواب[1]. والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

(1) قال صاحب رد المحتار (٢١/ ٤٣٤): مطلب الحكم والفتوى بما هو مرجوحٌ خلاف الإجماع: قلت: وتقييد السّلطان له بذلك غير قيدٍ لما قاله العلامة قاسمٌ في تصحيحه من أنّ الحكم والفتوى بما هو مرجوحٌ خلاف الإجماع. اهـ.

وقال العلامة قاسمٌ في فتاواه: وليس للقاضي المقلّد أن يحكم بالضّعيف؛ لأنّه ليس من أهل التّرجيح فلا يعدل عن الصّحيح إلا لقصدٍ غير جميلٍ ولو حكم لا ينفذ؛ لأنّ قضاءه قضاءً بغير الحقّ؛ لأنّ الحقّ هو الصّحيح وما وقع من أنّ القول الضّعيف يتقوّى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بيّن في موضعه. اهـ.

وقال ابن الغرس: وأمّا المقلّد المحض فلا يقضي إلا بما عليه العمل والفتوى. اهـ.

وقال صاحب البحر في بعض رسائله: أمّا القاضي المقلّد فليس له الحكم إلا بالصّحيح المفتى به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضّعيف. اهـ.

ومثله ما قدّمه الشّارح أوّل كتاب القضاء وقال: وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنّف في فتاويه وغيره وكذا ما نقله بعد أسطرٍ عن الملتقط.

* وسئل ـ رحمه الله ـ: عن رجلٍ طلّق زوجته البالغة طلاقاً بائناً، ثم اتّفقا على العود، فامتنع أبوها. وقال للشّهود: حلفت بالطلاق أنني لا[1] أتكلم لها في شيءٍ. استأذنوها: إن رضيت فأنا راضٍ، تشهدوا عليه بذلك. واستأذنوها لعمّها وللحاكم الحنفي بتلك البلدة التي هم بها وحضروا إلى القاضي، وشهدوا عنده: أنّ فلانةَ بنتَ فلانٍ أذنت لكم أن تزوّجها لمطلّقها فلان بن فلانٍ من غير ذكر جد لهما. فعقد القاضي العقد يحضره شهوده. وكتب على مسودّته علامته واسمه والتاريخ، ثم [١١٤/ ب] اجتمع به أبو الزّوجة وقال له: ليس لي في الزّواج غرضٌ وأغصبوني. فقال القاضي للشّهود: ولمَ لا سميتم جدّها مذهبنا لا يصحّ النسب إلا بتسمية الجدّ. هذا تدليسٌ. فهل الأمر كما قال من جهة عدم الصحّة، وإنّ ذلك من الشهود تدليسٌ والعقدُ صحيحٌ وهو مفرّطٌ لعدم تنبيه الشهود على تسمية الجد مع عقده وكتابته على المسوّدة التي ليس فيها اسم الجدّ.

وإذا قال: أنا فسخته لذلك، فهل للفسخ تأثيرٌ في قطع العصمة أم العصمة باقية ثابتة بمجرّد العقد؟ أفتونا مأجورين.

فأجاب ـ رحمه الله ـ:

العقد المذكورُ صحيحٌ، وليس من الشهود تدليسٌ ولا أثرٌ لفسخه في قطع العصمة.

أمّا صحّة العقد: فلأن البالغة وليّة نفسها وولاية الأب ولاية استحباب، فلا أثر لقوله: أغصبوني. والقاضي وكيلٌ عنها، ولا يشترط تسميةٌ مع معرفة

(1) جاء في هامش المخطوط: (ما) وكتب تحتها: صح.

الشهود لها، وإنّما يشترط ذكر الجدّ من العاقد لا للشهود عند أبي حنيفة إذا لم يكونوا يعرفونها.

وعند أبي يوسف ومحمّد: يكفي ذكر الأب.

وإذا كانت الشهود تعرفها فيجوزُ، وإن لم يذكروا إلاّ اسمها خاصّةً.

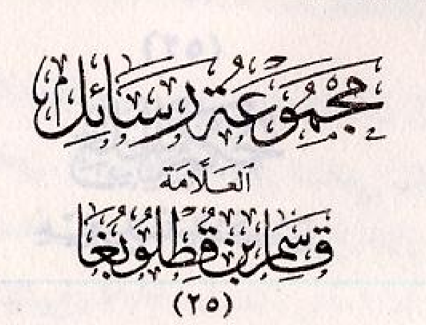
قال في الينابيع: قال أبو القاسم: لو وكّلت المرأة رجلاً من أن يزوّجها من نفسه فقال في غيبتها للشهود. اشهدوا بأنّي تزوّجت فلانةَ ولم يعرفها الشّهود، لا يجوز النّكاح حتى يذكر اسمها واسم أبيها على وجه يستدرك بذلك.

قال الفقيه: وهذا قياس قول أبي حنيفة. فإنّ النّكاح عنده لا يجوز حتى ينسبها إلى جدّها.

وفي قياس قولهما: إذا سمّى اسم أبيها مع اسمها جازَ.

قال الفقيه: هذا إذا لم يعرفوها. أمّا إذا عرّفوها جازَ وإن لم يذكروا إلاّ اسمها خاصّةً. انتهى بحروفه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

□ □ □



حكم الخلع

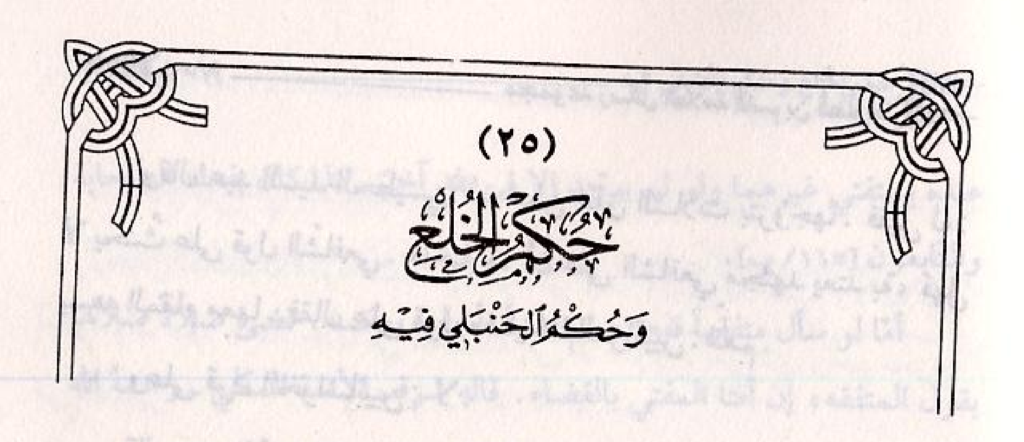
وحكم الحنبلي فيه

تأليف

العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي

المولود سنة ٨٠٢ هـ والمتوفى سنة ٨٧٩ هـ

رحمه الله تعالى



(٢٥)

حكم الخلع

وحكم الحنبلي فيه

قال ـ رحمه الله ـ:

قد استشكل بعض من ينسب إلى العلم بمذاهبنا حل الزوجة بحكم الحنبلي: أنّ الخلع فسخٌ بعد تطليقتين؛ لأنّ الحكم يرفع نزاع المتنازعين. فإمّا أن يرفع تعلّق الحل والحرمة بشيءٍ واحدٍ، فلا. فقلت: بل الحكم يرفع تعلّق الحلّ والحرمة بالشيء [١١٥/ أ] الواحدِ؛ لأنّ ظنَّ المجتهد الذي يعمل به مقلّده، إنّما يفيد تعلّق الحكم بالشيء إذا لم يعارضه معارضٌ أقوى. وهنا قد عارضه وهو حكم الحاكم؛ لأنّ الشّرع أوجبَ العملَ به.

فالحادثة إن كانت نازلة بمجتهدٍ، فإن اختصّت به، يحمل على ما يؤدّيه اجتهاده، فإن استوت الأمارات يخبر بشهادة القلب عندنا أو يعاود النّظر ليترجّح أحدهما، وإن تعلّقت بغير مجتهدٍ، فعند إمكان الصّلح اصطلحا أو رجعا إلى حاكمٍ إن وجدَ وإلاّ فإلى محكّمٍ. وعند عدم إمكان الصّلح رجعا إلى الحاكم أو المحكم حتى لو كان حاكماً ينصب من يفصل بينهما. وإن كانت النّازلة بمقلّدٍ. فإن اختصّت عمل بموجب قول إمامه. فإن كان فيه قولاً عملَ بموجب الصحيح من مذهب مقلّده. فإن تعدد التصحيح عمل بفتوى الأعلم الأورع، وإن استوت خُيّر فيها عند الشّافعية. وعندنا تعرضُ على مفت ثالثٍ. فإن كان في بلدٍ آخر وإن تعلّقت بغيره فالأمر كما تقدم.

وإمّا أن يصطلحا أو يرجعا إلى حكم حاكمٍ أو مُحكّمٍ.

وقال عبد السيد الحطيني[١]: عمّن علّق الثلاث بتزوّجها. فقيل له: لا يحنثُ على قول الشّافعي. فاختارهُ: أنّ على الشافعي مجتّهد يعتد به، فهل يسعه المقام معها. فقال على قول مشايخنا العراقيين: نعم.

وعلى قول الخراسانيين: لا.

قال مجد الأئمة التّرجماني: لا بأس بأن يؤخذ في هذا بقول الشافعي. لأنّ كثيراً من الصّحابة في جانبه.

قال: فقلّت الشبهة. وصحّ القول بالحلّ، إذ لا يصل بحكم الحاكم بفسخ التعليق. وفيه رخصة عظيمة.

واعلم: أنّ مشايخنا يطلقون لفظ المفتي على من له نوع اجتهادٍ في المذهب. ويطلقون على أمثالنا لفظ المتفقه.

قال الإمام علاء الدين الزّاهدي[٢]: استفتى رجل[٣] مفتيين حنفيين فأفتيا بالضدّين بالحلّ والحرمة، والصّحّة والفساد. فأخذ العامّي بفتوى الفساد في العبادات والصّحة في المعاملات.

وقال ظهير الدين المَرْغِينَانِيّ[٤]: إن كان المستفتي مجتهداً، يأخذ بقول من ترجّح عندهُ بدليلٍ. والعامّي بقول من هو أفقه منهما عنده. وإن استويا

(١) لم أعرفه.
(٢) لم أجد له ترجمة.
(٣) في المخطوط: رجلين.
(٤) منسوب إلى مرغينان من نواحي فرغانة، لذا يقال فيه: الفرغاني المرغيناني. وهو الإمام، ظهير الدين، الحسن بن علي بن عبد العزيز المرغيناني. الطبقات السنية في تراجم الحنفية (ترجمة رقم ٧٢٥).

عنده يستفتي غيرهما ولو لم يوجد إلا في بلدٍ آخرَ. كذا كان يفعله الصّحابة والتّابعون [١١٥/ ب].

أمّا لو سأل متفقّهاً ففعل، ثم مفتياً فأجابَ بعكسه. قضى صلاةَ صلاّها بقول المتفقه، إن أفتا المفتي بالقضاء. قاله شرف الأئمة المكي ـ رحمهُ الله تعالى ـ.

* * *

* وسئل ـ رحمه الله ـ عن زوجين اختصما بعد الفرقة في صغيرةٍ بينهما، وذلك بعد فطامها، الأم تطلبها بالنفقة والأجرة، والأب يأبى ذلك ويقول: عندي أجنبية تربيها بغير أجرة. فهل تقدم الأجنبية على الأم أم لا؟.

وهل تستحق الأم الأجرة على الحضانة أم لا؟.

وإذا قلتم بعدم تقديم الأجنبية على الأم؟ فهل للأب أن يقيم من يخدم وليدته عند الأم ويتولّى هو الإنفاق على ولده أم لا؟.

وما حكم الله في ذلك؟.

فأجاب:

الحمدُ لله ربّ العالمين.

تقدّم الأجنبية بشرط: أن لا يمنع الأمْ من الولد ولا الولد من الأم. والله أعلم.

وأجاب المرحوم[١] البدري محمّد بن عبيدالله:

(١) المرحوم بإذن الله.

اللهم أرشدني للصّواب.

ليس للحضانة أجرة عندنا، إذ هو حقٌّ لها، وليس للأجنبية ولا للأب أخذ الولد منها ما دام حقّها في الحضانة إلى أن تتزوّج بغير ذي رحمٍ محرم من الصغير.

ولها أن تطلب النّفقة من الأب وتنفق هي على ولدها وتطلب أجرة الخدمة للولد، وإن أراد الأب أن يقيم من يخدم ولده عندها بأجرٍ. فالأمّ أحق بالأجر وإن كانت متبرعة بالخدمة، فإن تبرّعت الأم بالخدمة منعت الأجنبية وإلاّ فلا إلاّ أن يكون في ذلك إضرارٌ بها. والله أعلم.

* * *

* وسئل ـ رحمه الله ـ: ما تقول في قول الخلاصة وغيره: إنّ الشّاهدين إذا شهدا أنّ القاضي قضى لفلانٍ على فلانٍ بكذا.

وقال القاضي: لم أقض. لا تجوز شهادتهما ويكون القول قول القاضي.
هل هذا إذا لم ينفذ حكم الأول قاضٍ آخر أم مطلقاً ويمتنع العمل به عنده وعند المنفذ أو عنده؟ أفتونا مأجورين.

فأجاب:

نعم. هذا مطلقٌ سواء نفّذ حكم الأوّل أو لا. ويمتنع العملُ به عند المُنكر وعند غيره؛ لأنّ المصرّح به في الأصول الاتّفاق على سقوط العمل بالشّهادة المذكورة، فصارَ كما لو قال: شهدوا الأصل لا شهادة لنا، ولم يشهد هؤلاء.
وقد صوّرها [١١٦/ أ] بعض شرّاح المغني: بأن ادّعى رجلٌ عند قاضٍ أنّه قضى له بحقٍّ على هذا الخصم، فأنكر القاضي قضاءه، فأقام المدّعي شاهدين

على قضائه بهذه الصّفة. وعلى هذا فيبعد وقوع التنفيذ المصطلح عليه الآن في مثل هذه الصّورة؛ لأنّه يكون بعد شهادة الشّهود على ما نسب إلى القاضي في أسجاله. والله أعلم.

* * *

* وسئل ـ رحمه الله ـ: عن رجلٍ وقف شيئاً معيّناً من ماله على نفسه، ثم من بعده على جهة معيّنة ولم يتّصل بحاكمٍ شرعيٍّ، ثم من بعد ذلك وقف ذلك الشيء بعينه على نفسه، ثم من بعده على جهةٍ أخرى غير الجهة الأولى، وحكم بصحّة هذا الوقف الثاني ولزومه لدى حاكمٍ حنفيٍّ في وجه الواقف في ساعة الوقف، ولم يتّصل الوقف الأوّل بحاكمٍ أصلاً، ثم بعد موت الواقف وإيصال العين الموقوفة إلى الجهة الثانية حكم حاكم حنفي بصحّة الوقف الأوّل لعدم علمه بالوقف الثاني والحكم به. فأيّ الوقفين هو الصحيح المقول به؟. أفتونا مأجورين.

فأجاب:

الوقف الأول هو الصّحيح لاتفاق المشايخ على أنّ الفتوى على قولهما بلزوم الوقف، وحيث كان لازماً فلا يصحّ تغييره بلا شرطٍ منه، ولا يضر في لزومه عدم اتّصاله بحاكم؛ لأن الحاكم ممنوع شرعاً أن يحكم بخلاف ما عليه الفتوى. والله أعلمُ.

* * *

* وسئل ـ رحمه الله ـ: في قول السّادة الحنفية، فيمن استأجر عبداً للخدمة فسافر به بغير إذن مولاه، ثم ردّه إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا.

هل المراد: لا أجر له قياساً واستحساناً أو قياساً لا استحساناً، كما هو الحكم فيمن استأجر حانوتاً فأسكن فيه حدّاداً بغير إذن مالكه، ثم ردّه إليه غير منهدمٍ؛ لأنه لا يلزم الأجر قياساً. ويلزمه استحساناً، كما صرّح به في معراج الدّراية وغيرها، على أنّهم قاسوا مسألة المسافرة بالعبد على مسألة إسكان الحداد، فهل سكتوا في مسألة المسافرة عن القياس والاستحسان اعتماداً على ما قد مرّ في مسألة الحداد وبين المسألتين فرق في وجوب [١١٦/ ب] الأجر وعدمه، فإن كان بينهما فرق فبيّنوه للسائلين رضي الله عنكم؟.

فأجاب:

الحمدُ لله ربّ العالمين.

اعلم: أنّ القياس والاستحسان إنما يجريان في بعض المسائل كمسألة الدّار دون مسألة بعض كمسألة العبد. فلا يقال له فيها: لا أجر له قياساً واستحساناً، ولا قياساً فقط؛ لأنّهما مما لا يتأتّى فيها ذلك، ولم يقس علماؤنا مسألة المسافرة بالعبد على مسألة إسكان الحداد، وإنما وقع لبعض المصنفين تشبيهها بها في أنه لا يجوز ما لم يسأله الإطلاق إلاّ بالشّرط. وإنّما افترق الجوابان؛ لأنّ المعقود عليه في مسألة الدّار السُّكنى، وفي الحدادة السّكنى وزيادة، فقد استوفى المعقود عليه وزيادة، وسَلِمت العين من الزيادة، فوجب الأجر وسقط الضمان، وخدمة الحضر والسفر في حكم جنسين مختلفين فقد استوفى خلاف ما وقع عليه العقد، فلا أجر. وقد سلّمت العين بما استوفى، فسقط الضّمان. والله تعالى أعلم.

قال ـ رحمه الله تعالى ـ:

قد وقفت في خلاصة الفتاوى(1) على قوله:

قال الإمام أبو حفص السفكردي في فوائده: لا ينبغي للحنفي أن يزوّج بنته من شفعوي المذهب.

وهكذا قال بعض مشايخنا، وإلى جانب هذا حاشية: إنّما لا ينبغي العكس، فإن الحنفية يستحسنون، ومن استحسن شرع.

وذكر لي بعض خلفاء الحكم العزيز، وبعض الطّلبة: أنّ هذه الحاشية بخط البقاعي، وأنّه يحتج بذلك.

فقلت: قد فضح نفسه وشهد عليها بالجهل المركّب، واستوجب التعزير الشديد والحبس المديد إلى أن يظهر توبته من القدح في أئمة الدين، ويذهب شيطان رأسه؛ لأنّ ما قاله الإمام أبو بكر بن الفضل والإمام السفكردي فقد صرّح به الإمام فخر الدين عن السّادة الشّافعية حيث قال:

أمّا المقام الأوّل: فتقريره عند الإمام الشّافعي: أنّ الإيمان عندهُ عبارة عن مجموع الاعتقاد والإقرار والعمل، ولا شكّ أن كون الإنسان آتياً بالأعمال الصّالحة مشكوكٌ فيها، والشّك في أحد أجزاء الماهية يوجب الشّك في حصول تلك الماهية [١١٧/ أ]، فالإنسان وإن كان جازماً بحصول الاعتقاد والإقرار، إلاّ أنّه لما كان شاكاً في حصول العمل، فإنّ هذا القدر يوجب كونه شاكاً في حصول الإيمان.

(1) قال المصنف في تاج التراجم (ص١٠): طاهر بن محمد بن أحمد بن عبد الرشيد البخاري، له: كتاب الواقعات، وكتاب النصاب، وكتاب خلاصة الفتاوى. ولد سنة ٤٨٢هـ ومات سنة ٥٤٢هـ. انظر الأعلام للزركلي (٣/ ٢٢٠) ومعجم المؤلفين (٥/ ٣٣) والجواهر المضيئة للقرشي (١/ ٢٦٥).

وأمّا عند الحنفية فلما كان الإيمان اسماً للاعتقاد والقول، وكان العمل خارجاً عن مسمّى الإيمان، لم يلزم حصول الشّك في العمل حصول الشّك في الإيمان، فثبت: أنّ من كان قوله: أنّ الإيمان عبارة عن مجموع الأمور الثلاثة يلزم وقوع الشّك في الإيمان.

ومن قال: العمل خارجٌ عن مسمّى الإيمان يلزمه نفي الشّك عن الإيمان. انتهى بحروفه.

فظهر على هذا: عدم كفاءة الشّافعي لابنة الحنفي. والله أعلم.

ولمّا لم يتعرض المتعرّض لدفع هذا ولا لتأويل الاستثناء في الإيمان كان قوله: وإنّما لا ينبغي العكس من قبيل فساد الوضع.

وقوله: فإنّ الحنفية يستحسنون كذب وجهالة.

أمّا كونه كذاب، فلأنه أخبر عن المنتسبين إلى مذهب أبي حنيفة وهم لم يفعلوا ذلك؛ لأنّهّ من حيث المجتهد، لا من صنيع الاتباع.

وأمّا كونه جهالة، فإن المسألة في الاتباع فلم يوافق الدليل الدّعوى، ثم قصره على الحنفية جهالة بمذاهب العلماء أيضاً.

وقوله: ومن استحسن فقد شرع. كذب وجهالة، وقدح في أئمة الدين؛ لأنّ الأئمة الأربعة رضوان الله عليهم قد ذهبوا إلى الاستحسان وحاشاهم أن يشرعوا في الدّين ما لم يأذن به الله.

وبيان ذلك: أنّ الاستحسان كما قال الكرخي: قطع المسألة عن نظائرها، لما هو أقوى. وذلك الأقوى هو دليل يقابل القياس الجلي الذي يسبق إليه أفهام المجتهدين نصّاً كان أو إجماعاً أو قياساً خفياً، وهذا مما ذهب إليه جميع الأئمة

حتّى قال ابن الحاجب: لا يتحقق استحسان مختلفٌ فيه، وقد أطلقه الشافعي فقال في المتعة: أستحسن أن يكون ثلاثين درهماً، وثبوت الشفعة في ثلاثة أيام، وترك شيءٍ من الكتابةِ له، وأن لا يقطع يمين سارق أخرجَ يده اليسرى فقطعت.

وقالوا في الشّركة: التشريك استحسان. وذهب [١١٧/ب] إليه الشّافعي.

وقال الإمام أحمد بن حنبل في روايةِ الميموني: أستحسن أن يتيمم لكلّ صلاةٍ. والقياس: أنّه بمنزلة الماء حتى يحدث أو يجد الماء.

وقال في رواية بكر بن محمد فيمن غصب أرضاً فزرعها الزرع لرب الأرض وعليه النفقة، وليس هذا بشيءٍ يوافق القياس، ولكن أستحسن أن يدفع إليه نفقته.

وقال في رواية صالح في المضارب: إذا خالف واشترى غير ما أمر به صاحب المال. ولهذا أجرُ مثله، إلاّ أن يكون الرّبح يحيط بأجر مثله، فيذهبُ، وكنتُ أذهب إلى أنّ الرّبح لصاحب المال، ثم استحسن إلى آخره.

وقال الإمام نجم الدين بن عبد القوي: وكتب أصحابه يسمّونه بالاستحسان.

قال القاضي عبد الوهّاب: لم ينصّ عليه مالك.

وكتب أصحابنا مملوءةٌ منه كابن القاسم، وأشهب وغيرهما.

وقال ابن الحاجب: ولم يتحقق استحسان مختلفٌ فيه، وقد تقدّم هذا في مختصره.

وقال الإمام جمال الدين عبد الرحيم: اتّفقت الأمّة على امتناع القول

في الدين بالتشهي. فالاستحسان هو القول بأقوى الدليلين وذلك بترجيح أحد الدليلين على الآخر.

ولفظ الاستحسان يؤيد هذا، فإنه اختيار الأحسن، وإنّما يكون في حسنين. وإنّما يوصف القول بالحسن إذا جاز العملُ به لو لم يعارض. ويؤيده قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓ﴾ [الزمر: ١٨].

إذ هو يستدعي مقولاً حسناً وأحسن. وذلك يستدعي دليلاً غير أحدهما، وليس إلاّ الترجيح بدليلٍ. انتهى.

فلما كانت الأحكام المستحسنة ثابتة بالسنة والإجماع والضرورة لدفع الحرج والقياس، لمْ يكن شرعاً جديداً، كما زعمه الجاهل المتعولم. وكان المستنبط لها مأجوراً بالنّص لا مُعاباً، فمن جعله مُعاباً وتنزّه بذلك استوجب ما ذكرنا. والجاهلون لأهل العلم أعداء.

وقد أخبرني علاّمة زمانه كمال الدين ابن الهمام، عن شيخ الكل في الكل عزّ الدين ابن جماعة أنّه قال: النُصرة بحسب القُدرة. وهذا ما أقدرني الله عليه الآن. وهو حسبي ونعم الوكيل.

ولما ذكر لي بعض[1] طلبة العلم: أنّ هذا الطّاعن في أئمتنا من أخصّ النّاس لسيدنا ومولانا قاضي القضاة [١١٨/أ] الحنفية.

قلت: يقال له: إنّ الذي شـرفت من أجلـه يزعمُ بهذا أنّه غـائبٌ. ثم بلغني: أنّه بلغ القادح في أئمة الدين شيءٌ مما قلته. فقال: إنّ هذا الكلام قاله الإمام الشّافعي. فقلت: وهذا الكلام من هذا القائل من الجهل المركّب حيث

(١) في المخطوط: (بعد). ولعله المثبت (بعض).

تصوّر كلام الإمام على خلاف ما هو به، ونزّله على ما لا يطابقه؛ لأنّ عاقلاً لا يقول بإرادة الإمام عموم المستحسنين للأشياء. وحيث لم يكن العموم مراداً عقلاً لا يصحّ استدلاله عقلاً وما لا يصح عقلاً فهو من الجهل.

فقيل لي: فما مراد الإمام؟.

قلت: مرادهُ: من استحسن أمراً من الدّين بلا دليلٍ فقد شرع ذلك الأمر، فلا يكون من مشروع الشّارع؛ لأنّ المشروع ما كان عن نصٍّ شرعي أو إجماعٍ أو قياسٍ جَليٍّ أو خفيٍّ.

أشار إلى ذلك علماء الشّافعية في شروح المنهاج. وعلماء الحنفية في أصولهم.

قيل: فهل يحفظ شيئاً من نصوص أبي حنيفة وأصحابه في ذلك؟.

فقلت: نعم.

قال في الأهلاني: بئر وجدَ فيها دجاجة ميّتة منتفخة على من توضّأ من ذلك الماء وصلّى أن يعيد الوضوء ويعيد صلاته ثلاثة أيّام ولياليهنّ. قلت: وهو لا يعلم متى وقعت؟ قال: أستحسن ذلك وآخذ بالثّقة لأنّها صلاة. وأن يصلّي الرجل شيئاً قد صلاّه، وفرغَ منه أحبّ إليّ من أن يترك شيئاً واجباً عليه.

قلت: أرأيت قولك في الدّم إذا كان أكثر من قدر الدّرهم، أعاد الصّلاة لم قلته؟ قال: لأنّه بلغني عن إبراهيم النخعي أنّه قال: قدر الدّرهم، والدّرهم قد يكون أكثر من الدراهم، فوضعناه على أكبر ما يكون منها. أستحسن ذلك.

قلت: فلمَ استحسنتَ في النـوم إذا كان قاعـداً أو سـاجداً أو قائماً أو راكعاً؟.

قال: جاء في ذلك أثر، وأخذتُ به، وأخذت في ذهاب العقل بالقياس؛ لأنّ ذهاب العقل أشدّ من الحدث.

رجلٌ مكثَ في الصّلاة يتفكّر حتى شغله ذلك عن ركعةٍ أو سجدةٍ أو كان راكعاً أو ساجداً فأطال الرّكوع والسّجود، ويتفكّر، ثم ظنّ أنّها الظّهر. هل يجب عليه في ذلك سجدتا السّهو؟.

قال: إذا تغيّر عن حاله [١١٨/ ب] فتفكّر. استحسنت أن أجعل عليه سجدتي السّهو.

قلت: أرأيت مسافراً افتتح الظّهر وصلّى ركعةً، ثم أحدثَ فانصرف ليتوضّأ، فلم يجد الماء فتيمم بالصّعيد، ثم وجد الماء قبل أن يعود إلى مقامه، وبدأ المقام. قال: يتوضأ ويبني على صلاته ويكمل أربع ركعات. ورؤيته الماء في مقامه وقبل أن يقوم في مقامه أو في غير مقامه سواء في القياس غير أني استحسنت ذلك وآمُرُهُ أن يتوضأ ويبني على صلاته ما لم يرها بعدما يقوم في مقامه أو في غير مقامه.

قلت: أرأيت إماماً صلّى بقومٍ ركعة أو ركعتين، ثم أحدث، فلم يعلم أحداً حتى خرج من المسجد. قال: صلاة القوم فاسدة وعليهم أن يستقبلوا الصلاة.

قلت: لِمَ؟ قال: أستحسن ذلك. وأرى له فسخاً أن يكون قومٌ في الصّلاة في المسجد وإمامهم في أهله.

قلت: أرأيت رجلاً دخل مع الإمام في الصّلاة وقد سبقه بركعةٍ، والرّجل أُمّي، فلما فرغَ الإمام من صلاته قامَ الرّجل ليقضي، أيجب عليه أن يقرأ فيما بقيَ؟ قال: نعم.

قلت: فإذا لم يحسن أن يقرأ.

قال: أمّا في القياس: فإنّ صلاته فاسدة، ولكن أدع القياس وأستحسن أن يجزئه.

قلت: لِمَ؟ قال: أرأيتَ لو كان: أخرس فسبقه الإمام بركعة فقام يقضي، أمّا كانَ تُجزئه صلاتهُ؟!.

قلت: بلى. قال: هذا وذلك سواء.

قلت: أرأيت رجلاً افتتح التطوع فصلّى أربع ركعاتٍ ولم يقعد في الثانية. قال: يجزئه. وعليه سجدتا السّهو إن كان فعل ذلك ناسياً.

قلت له: أليسَ قد أفسدت الأوليين حيث لم يقعد فيها.

قال: أمّا في القياس فقد أفسدتهما، ولكن أدعُ القياس وأستحسن، فأجعلهما بمنزلة الفريضة ألا ترى لو أنّ رجُلاً صلّى الظّهر أربعاً، ولم يقعد في الثّانية وقعد في الرّابعة، وتشهّد أنّ صلاته تامّة، وعليه سجدتا السهو. فكذلك هذا.

قلت: فإن كانت السجدة في وسط الصّلاة كيف يصنع لها؟ قال: يسجد لها، ثم يقوم فيقرأ ما بقيَ أو ما بدا له منها، ثم يركع.

قلت: فإذا أراد الرّكوع بالسّجدة [١١٩/أ] بعينها. هل يجزئه ذلك؟.

قال: أمّا في القياس فالرّكعة في ذلك والسجدة سواء لأنّ كل ذلك صلاة.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ﴾ [ص: ٢٤].

وتفسيرها: خرّ ساجداً. فالرّكعة والسجدة سواء في القياس.

وأمّا في الاستحسان: فإنه ينبغي أن يسجدها.

وبالقياس: نأخذ بهذه نبذة مما قيل فيه بالاستحسان. وقد تقدّم القياس على الاستحسان في بعضها، كما ذكر.

وبه تبين جهل القادح في علماء المسلمين بما لا يعلم، وأنّ ما عيبَ غير ما ذهب إليه الأئمة.

وقد أنشد الأمير حسام الدين ابن لالا:

إذَا كُنـــــــتَ لا تَـــــــــدري
وَلَـــم تَـــكُ كالّـــذي
يـــسأل الّـــذي يـــدري
فكيــــــفَ إذاً تــــــدري
ومــــن عجـــبِ الأشـــياء
أنّـــــك لا تـــــدري
وأنّـــك لا تـــدري
بأنّـــك لا تـــدري

* * *

* قال ـ رحمه الله ـ:

سئلتُ عن واقفٍ وَقَفَ وقفاً وشرطَ لنفسهِ التبديل والتغيير، فغيّر الوقف لزوجته.

فأجبت:

إنّي لم أقف على اعتبار هذا الشّرط في شيءٍ من كتب علمائنا، وليس للمفتي في زماننا إلاّ نقل ما صحّ عن أهل مذهبه الذين يفتي بقولهم. ولأنّ المستفتي إنما يسأل عمّا ذهب إليه أئمّة ذلك المذهب، لا عمّا يخيل للمفتي.

واللهُ أعلمُ.

ثم بلغني: أنّ محيي الدين الكافيَجي وقفَ على جوابي، وقال: شرط الواقف كنصّ الشّارع، يجبُ العملُ به وإن لم يكن منصوصاً عليه.

فأجبتُ: بأنّ هذا يقتضي خلافَ ما اجتمعت عليه الأمّة من أنّ من شروط الواقفين ما هو صحيحٌ معتبرٌ يُعملُ بهِ.

ومنها: ما ليس كذلك. وخلاف ما نصّ الفقهاء عليه من معنى هذا الكلام.

فقال في كتاب الوقف لأبي عبدالله الدمشقي، عن شيخه شيخ الإسلام قول الفقهاء نصوصه كنصوص الشّارع ـ يعني: في الفهم والدّلالة في وجوب العمل ـ مع أنّ التحقيق: أنّ لفظه ولفظ الموصي والحالف والنّاذر، وكلّ عاقدٍ يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلّم عليها، وافقت لغة العرب، ولغة الشّارع أوْ لا، ولا خلافَ أنّ من وقفَ على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهادٍ غير شرعي ونحوه لم [١١٩/ ب] يصحّ. والله أعلم.

قلت: وإذا كان المعنى كما ذكر فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسر لا يحتمل تخصيصاً، ولا تأويلاً يُعملُ به.

وما كان من قبيل الظّاهر كذلك، وما احتمل، وفيه قرينة، حُمِلَ عليها.

وما كان مشتركاً لا يُعملُ به؛ لأنّه لا عموم له عندنا، ولم يقع في نظر

لمجتهدٍ ليرجّح أحد مدلوليه، وكذلك ما كان من قبيل المجمل إذا مات الواقف، وإن كان حياً يرجع إلى بيانه. هذا معنى ما أفاده. والله أعلم[1].

قال ـ رحمه الله ـ:

أفادني الشيخ الإمام صلاح الدين الحنفي ـ سلّمهُ الله تعالى ونفعَ بعلومه ـ: أنّه وقعَ في خاطره الكريم أنّ ما استشهد به صاحب الهداية في باب قضاء الفوائت: على أنّ الأظهر عود الترتيب السّاقط بكثرة الفوائت يعوذها القلة. بقوله: فإنّه روي عن محمّدٍ فيمن ترك صلاة يومٍ وليلة وجعل يقضي من الغد مع كلّ وقتية فائتةً، فالفوائت جائزة على كلّ حالٍ. والوقتيات فاسدة

(١) قال في البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (١٤/ ٤٨٨): قال العلاّمة قاسمٌ في فتاواه: أجمعت الأمّة أنّ من شروط الواقفين ما هو صحيحٌ معتبرٌ يعمل به ومنها ما ليس كذلك ونصّ أبو عبدالله الدّمشقيّ في كتاب الوقف عن شيخه شيخ الإسلام قول الفقهاء: نصوصه كنصّ الشّارع؛ يعني: في الفهم والدّلالة لا في وجوب العمل مع أنّ التّحقيق أنّ لفظه ولفظ الموصي والحالف والنّاذر وكلّ عاقدٍ يحمل على عادته في خطابه ولغته الّتي يتكلّم بها وافقت لغة العرب ولغة الشّرع أم لا ولا خلاف أنّ من وقف على صلاةٍ أو صيامٍ أو قراءةٍ أو جهادٍ غير شرعيٍّ ونحوه لم يصحّ. اهـ.
قال العلامة قاسمٌ: قلت: وإذا كان المعنى ما ذكر فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسّر لا يحتمل تخصيصاً ولا تأويلاً يعمل به وما كان من قبيل الظّاهر كذلك وما احتمل وفيه قرينةٌ حمل عليها وما كان مشتركاً لا يعمل به لأنّه لا عموم له عندنا ولم يقع فيه نظر المجتهد لترجّح أحد مدلوليه وكذلك ما كان من قبيل المجمل إذا مات الواقف وإن كان حياً يرجع إلى بيانه هذا معنى ما أفاده. اهـ.
قلت: فعلى هذا إذا ترك صاحب الوظيفة مباشرتها في بعض الأوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأثم عند الله تعالى غايته أنّه لا يستحقّ المعلوم ومن الشّروط المعتبرة ما صرّح به الخصّاف لو شرط أن لا يؤجّر المتولّي.

إن قدّمها لدخول الفوائت في حدّ القلّة، وإن أخّرها فكذلك إلاّ العشاء الآخرة. فإنّه لا فائتة عليه في ظنّه حال أدائها، لا يدلّ على مقصوده لما علم من مذهب محمّد: أنّ الترتيب يسقط بدخول وقت السّادسة إلى آخره.

وأنّه سلّمه الله ونفع به ذَاكَرَ بذلك بعض أهل العلم من مذهبنا، فلم يذكروا له شيئاً. وأنّه راجعَ كتبه فوجد هذا بعينه قد وقع للزّيلعي شارح الكنز حيث قال بعد ذلك ما قدّمناه عن صاحب الهداية.

قال راجي عفو ربه الكريم:

ليس فيه دلالة على عود الترتيب بعد سقوطه؛ لأنّ الترتيب لو سقط لجازت الوقتية التي بدأ بها كما ذكر في الجامع الصغير، وهو قوله: فإن فاته أكثر من صلاة يومٍ وليلة أجزأته التي بدأ بها؛ ولأنّ الترتيب إنما يسقط بخروج وقت السادسة، ولم يخرج هنا ولا يمكن حمله على ما روي عن محمّد: أنّ الترتيب يسقط بدخول وقت السادسة؛ لأن حكمه بفساد الوقتية التي بدأ بها يمنع من ذلك، إذ لو كان مراده على تلك الرواية لما فسدت التي بدأ أوّل مرّةٍ لسقوط [١٢٠/أ] الترتيب عنده. انتهى.

قلت: وقد أخذ هذا شيخنا العلامة كمال الدين[1]، وأورده في شرحه على الهداية، وأقرّه فقال بعد تقرير قوله: (وَهُوَ الأَظْهَرُ): وفيه نظر[2].

ثم قال: ووجه النّظر أنّه لم يسقط التّرتيب أصلاً، فإنّ سقوطه بخروج

(١) ابن الهمام في فتح القدير (٣/ ١٢).
(٢) الذي في فتح القدير: (خلاف ما اختاره شمس الأئمّة وفخر الإسلام وصاحب المحيط وقاضي خان وصاحب المغني والكافي وغيرهم، وما استدلّ به عن محمّد فيه نظرٌ).

وقت السَّادسة وهو لم يخرج حتَّى صارت خمساً بقضاء الفائتة، ولا يمكنُ تخريجه(١) على ما روي عن محمَّدٍ من اعتبار دخول وقت السَّادسة؛ لأنَّه لو كان كذلك لم تفسد(٢) الوقتيَّات. انتهى.

قلت: وقد كنت أقرأت شرح الزيلعي في سنة إحدى وأربعين، ولي فيه تقريرٌ وتحرير.

ومن ذلك: أنّ قوله: ولا يمكن حملهُ على ما روي عن محمّد ممنوع بل هو يبنى عليه.

فقد نصّ جماعة من محققي المشايخ على أنّ من أصل محمّد إذا دخل وقت السّادسة سقط الترتيب، إلاّ أن سقوطه يتقرر بخروج وقت السادسة. فإذا أدّى وقتية توقف جوازها على قضاء الفائتة وعدمها. فإذا قضى دخلت الفوائت في القلّة، فبطلت الوقتية؛ لأنها أديت عند ذكر الفائتة. وبهذا صرّح في رواية ابن سماعة، عن محمّد في تعليل ذلك بقوله؛ لأنّه كلّما قضى فائتةً عادت الفوائت أربعاً، وفسدت الوقتية إلا العشاء، فإنّه صلاها. وعنده: أن جميع ما عليه قد قضاهُ فأشبه الناسي. انتهى.

وقد انتصر شيخنا العلامة كمال الدين للعود بقوله بعدما ذكرناه عنه(٣): لكنَّ الوجه يساعدهُ بجعله(٤) من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علَّته(٥)، وذلك:

---

(١) في المخطوط: (حجر).

(٢) في المخطوط: (تعد).

(٣) فتح القدير (٣/ ١٢ ـ ١٣).

(٤) في المخطوط: (يجعله).

(٥) في المخطوط: (بأنها عليه).

أنَّ(١) سقوط التَّرتيب كان بعلَّة الكثرة المفضية إلى الحرج، أو أنَّها مظنَّة تفويت(٢) الوقتيَّة، فلمَّا قَلَّت زالت العلَّة فعاد الحكم الَّذي كان قبل، وهذا مثل حقِّ الحضانة الثَّابت(٣) لمحرم الصَّغير من النِّساء يسقط(٤) بالتَّزوُّج، فإذا زال التَّزوُّج عاد لا أنَّه سقط فيكون متلاشياً(٥)، فلا يتصوَّر عوده إلاَّ لسبب آخر. انتهى.

قلت: قوله: فعاد الحكم... هو محلّ النّزاع، فلا يثبت بلا دليل.

وقوله: وهذا مثل حقّ الحضانة(٦)... ممنوع؛ لأنّ مسألة الحضانة ليست من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء العلّة أصلاً، وإنّما هي من قبيل عروض المانع وزواله؛ لأنّ علّة [١٢٠/ ب] حَقِّ الْحَضَانَةِ: القرابة المستلزمة للشفقة والتزوّج مانعٌ لما ذكروه من الاشتغال بخدمة الزّوج... إلخ.

مع بقاء أصل العلّة. فإذا زال المانع ثبت المكنة من القيام بالحضانة. والله أعلم.

ثم أفاد الشيخ صلاح الدين ـ سلّمه الله ـ ما ذكر في التحقيق: أنّ امتداد الإغماء أن يزيد على يومٍ وليلةٍ باعتبار الأوقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وباعتبار الصلاة عند محمّد فقلت: ما ذكر في التحقيق هو المذكور في الهداية وهو خلاف ما اعتبر كل منهم في قضاء الفوائت حتى قال شيخنا العلامة كمال

---

(١) في المخطوط: (أنه).

(٢) في المخطوط: (وأنها مظنة تفوت).

(٣) في المخطوط: (الثابتة).

(٤) في فتح القدير: (ينتهي).

(٥) في المخطوط: (مثلا شيئا).

(٦) في المخطوط: (الحاضنة).

الدين ـ رحمه الله ـ في شرحه على الهداية(١): وكلٌّ مُطَالَبٌ بِالْفَرْقِ.

وقلتُ فيما كتبته على الشرح المذكور: إنّه قد اختلفت الروايات عن الثلاثة في كلا البابين.

واتفق المشايخ على أنّه ظاهر الرواية. والصحيح في البابين واحدٌ وهو: أنّ العبرة لعدد الصّلوات. قاله في الذخيرة والبدائع والفتاوى الصغرى وغيرها. فلا احتياج إلى طلب الفرق.

وأمّا الأثر الذي أشاروا إليه، فهو ما قال محمّد في كتاب الآثار(٢): أخبرنا أبو حنيفة، عن حمّاد، عن إبراهيم، عن ابن عمر في المُغمى عليه يوماً وليلة؟ قال: يقضي. قال محمّد: وبه نأخذ، حتّى يُغمى عليه أكثر من ذلك، وهو قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ.

هذا ما تيسّر في هذا المقام(٣).

---

(١) فتح القدير (٣/ ١١١).

(٢) الآثار (١/ ٢١٩) رقم (١٦٩). وانظر الآثار لأبي يوسف (١/ ٢٨٦) رقم (٢٧٨).

(٣) قال ابن الهمام في فتح القدير (٣/ ١١١ ـ ١١٢): (قوله: والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب وقت صلاةٍ) وبه قال الشّافعيّ ومالكٌ، واستدلا بما روى الدّارقطنيّ عن عائشة ﵂: أنها سألته عليه الصّلاة والسّلام عن الرّجل يغمى عليه فيترك الصّلاة؟ فقال: «ليس لشيءٍ من ذلك قضاءٌ إلا أن يغمى عليه في وقت صلاةٍ فيفيق فيه فإنّه يصلّيها». وهذا ضعيفٌ جداً، ففيه الحكم بن عبدالله بن سعدٍ الأيليّ. قال أحمد: أحاديثه موضوعةٌ. وقال ابن معينٍ: ليس بثقةٍ ولا مأمونٍ. وكذّبه أبو حاتمٍ وغيره، وقال البخاريّ: تركوه. ثمّ بقيّة السّند إلى الحكم هذا مظلمٌ كلّه. وقالت الحنابلة: يقضي ما فاته، وإن كان أكثر من ألف صلاةٍ؛ لأنّه مرضٌ، وتوسّط أصحابنا =

= فقالوا: إن كان أكثر من يومٍ وليلةٍ سقط القضاء، وإلاّ وجب، والزّيادة على يومٍ وليلةٍ من حيث السّاعات. وهو روايةٌ عن أبي حنيفة، فإذا زاد على الدّورة ساعةٌ سقط. وعند محمّدٍ من حيث الأوقات فإذا زاد على ذلك وقت صلاةٍ كاملٌ سقط، وإلاّ لا، وهو الأصحّ تخريجاً على ما مرّ في قضاء الفوائت، وإن كان محمّدٌ قال هناك بقولهما فكلٌّ من الثّلاثة مطالبٌ بالفرق إلا أنّهما يجيبان هنا بالتّمسّك بالأثر عن عليٍّ وابن عمر على ما في الكتاب، لكنّ المذكور عن ابن عمر في كتب الحديث من رواية محمّد بن الحسن، عن أبي حنيفة، عن حمّاد بن أبي سليمان، عن إبراهيم النّخعيّ، عن ابن عمر أنّه قال في الّذي يغمى عليه يوماً وليلةً؟ قال: يقضي. وقال عبد الرّزّاق: أخبرنا الثّوريّ، عن ابن أبي ليلى، عن نافعٍ، أنّ ابن عمر أغمي عليه شهراً فلم يقض ما فاته.

وروى إبراهيم الحربيّ في آخر كتابه غريب الحديث: حدّثنا أحمد بن يونس، حدّثنا زائدة، عن عبيدالله، عن نافعٍ قال: أغمي على عبدالله بن عمر يوماً وليلةً فأفاق فلم يقض ما فاته واستقبل.

وفي كتب الفقه عنه: أنّه أغمي عليه أكثر من يومٍ وليلةٍ فلم يقض. وفي بعضها نصّ عليه، فقال: أغمي عليه ثلاثة أيّام فلم يقض. فقد رأيت ما هنا عن ابن عمر وشيءٌ منها لا يدلّ على أنّ المعتبر في الزّيادة السّاعات إلا ما يتخايل من قوله أكثر من يومٍ وليلةٍ، وكلٌّ من روايتي الشّهر والثّلاثة الأيّام يصلح مفسّراً لذلك الأكثر، ولو لم يكن وجب كون المراد به خاصّاً من الزّيادة؛ لأنّ المراد به ما دخل في الوجود ولا عموم فيه، وحمله على كون الأكثريّة بالسّاعة ليس بأولى من كونها وقتاً.

وأمّا الرّواية عن عليٍّ فلم تعرف في كتب الحديث، والمذكور عنه في الفقه أنّه أغمي عليه أربع صلواتٍ فقضاهنّ، وأهل الحديث يروون هذا عن عمّارٍ، وروى الدّارقطنيّ عن يزيد مولى عمّار بن ياسرٍ: أنّ عمّار بن ياسرٍ أغمي عليه في الظّهر والعصر والمغرب والعشاء وأفاق نصف اللّيل فقضاهنّ.

قال الشّافعيّ ـ رحمه الله ـ: ليس هذا بثابتٍ عن عمّارٍ، ولو ثبت فمحمولٌ على الاستحباب.

=

والحمدُ لله ثانياً. وصلّى الله على سيّدنا محمّدٍ وآله وصحبه.

□□□

= وفرّق بين الإغماء والنوم بأنّه عن اختيارٍ، بخلاف الإغماء

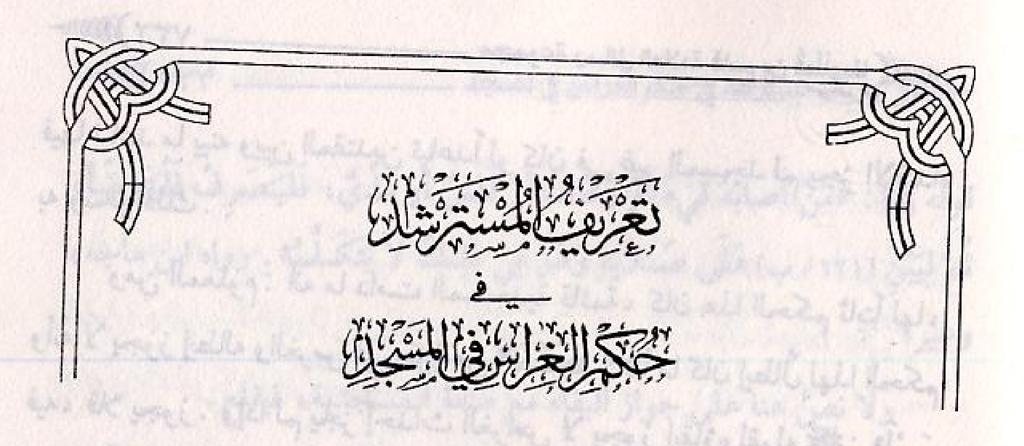
وجه قولنا: أنّ الإغماء مرضٌ يعجز به صاحب العقل عن استعماله مع قيامه حقيقةً فلا ينافي أهليّة الوجوب، بل الاختيار؛ لأنّه إنّما يوجب خللاً في القدرة، وذلك يوجب التّأخير لا سقوط أصل.

مُلحق المجْمُوع

تعريف المسترشد في حكم الغراس في المسجد

تأليف

الشيخ شمس الدين ابن أمير حاج الحلبي



هل يجوز إحداث غرس الأشجار في المسجد، ولا سيّما مع التهافت عليه والاستكثار منه، ولا ضرورة تدعو إليه من كون المسجد ذا بنى لا تثبت إسطواناته إلاّ بذلك.

وهل يفرق في ذلك بين الواسع والضيق وبين أن يكون ذلك المحل من المسجد، قد لا يصلّى فيه لسعته. وبين أن لا يكون كذلك؟ وإذا قلتم بعدم جواز إحداث ذلك فيه. هل يبقى أو يقلع؟.

الجواب: لا يجوز إحداث غرسِ الأشجار في المسجد إذا لم تكن الضرورة المذكورة موجودة فيه، خصوصاً إذا تهافت النّاس عليه واستكثروا منه، ولا فرق في عدم جواز إحداثه فيه، بين أن يكون ضيقاً أو واسعاً، وبين [١/١٢١] أن يكون محلّه قد لا يصلّى فيه لقلّة جماعته ونحو ذلك، وبين أن يكون محلّه يصلّى فيه دائماً، أو غالباً. وإذا أحدث فيه يقلع.

والوجه في ذلك كله أظهر للتأمّل في القواعد الشرعية.

فإنّ من المعلوم عند أهل العلم: أنّ البقعة إذا صارت مسجداً لله تعالى صار كل جزءٍ منها له حكم المسجد به من غير تفرقةٍ بين كونها واسعةً أو ضيّقة، وبين كون سعتها بحيث قد يستغني الناس عن إيقاع الصّلاة في ذلك المحلّ منها، وبين أن لا يكون كذلك. والحكمُ الثّابت لكون البقعة مسجداً هو خلوصها لله تعالى. وكونها محلاً للعبادة من صلاةٍ أو اعتكافٍ أو اقتداء بإمام

فيها تباعد ما بينه وبين المقتدين تباعداً لو كان في غير المسجد لم يجز الاقتداء به ونحو ذلك.

ومن المعلوم: أنّه ما دامت المسجدية قائمة، كان هذا الحكم ثابتاً لها، وأنّه لا يجوز إبطاله والغرس في جزءٍ من المسجد كائناً ما كان إبطالٌ لهذا الحكم فيه، فلا يجوز. وإذا لم يجز إحداث الغراس لا يجوز إبقاؤه لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»(1). أخرجه أبو داود، والنّسائي، والترمذي وقال: حديثٌ حسنٌ غريب.

وهذا كذلك؛ لأنّ الظّلم وضع الشيء في غير محلّه. وهذا كذلك، كما بيّنّا. ولما تقرر من الأصل الذي لا يعلم له مخالفٌ من أنّ كلّ صفةٍ منافيةٍ لحكمٍ يستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرميّة في باب النكاح، كما يمنع ابتداء النكاح، يمنع بقائه. ولو كان عارضه عليه بعد ثبوته، ألا ترى لو كان الزّوجان صغيرين أو كبيرين، فمكنت الزّوجة ابن زوجها من نفسها ارتفع النّكاح في كلّ من هاتين الصّورتين بعد ثبوته.

أمّا في الأولى: فبالإجماع.

وأمّا في الثانية: فعند أصحابنا ومن وافقهم خلافاً للشّافعي ومن وافقه.

نعم. اللهمّ إلاّ أنْ يخرج شيء من هذا بالنّص كبقاء الصّلاة في حقّ من سبقه الحَدَث. حتّى جاز له البناء، كما هو قول أصحابنا للنّص الوارد في ذلك. وهو

---

(1) رواه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) والنسائي في الكبرى (٥٧٦١) عن سعيد ابن زيد ﵁. وسنده صحيح.
ورواه القضاعي في مسند الشهاب (١١٨٧) عن عائشة ﵂.
وانظر فتح الباري لابن حجر (٥/ ١٩).

قوله ﷺ: «مَنْ أَصَابَهُ قَيءٌ أَوْ رُعَافٌ أَوْ قَلَسٌ أَوْ مَذْيٌ، فَلْيَنْصَرِفْ فَلْيَتَوَضَّأْ، ثُمَّ لِيَبْنِ [١٢١/ ب] عَلَى صَلَاتِهِ وَهُوَ فِي ذَلِكَ لاَ يَتَكَلَّمُ». رواه ابن ماجه، وغيره(1).

ولا نصَّ هنا على جواز البقاء مع صفة المسجدية، فيقلع.

* تنبيه:

وما ذكر غير واحدٍ من المشايخ من أنّه لو غرسَ شجرةً في المسجد للمسجد فهي للمسجد أو ثمرتها للمسجد ونحو هذا من العبارات المفيدة لهذا المعنى لا يفيد أنّه يحلّ غرس الأشجار فيه من غير حاجة شرعية؛ ولأنّه يحل إبقاؤها فيه كذلك. وإنّما هو إفادة هذا الحكم له لو وقع، ولا يلزم من مجرّد الوقوع الحل الشرعي له، إذ ليس كل واقعٍ حلالاً. وكم في الفروع من نظائر له كإعطاء حكم الزيادة المتولدة من المغصوبة إذا أدّى قيمة العين الغاصب أنّها له أو لمالكِ العين الأوّل، فإنّه لا يستدلّ على أنّ الغصب حلالٌ إلى غير ذلك مما يطول تعداده على أنّه لو سلم إشعار المذكور يحل الإبقاء بالجملة. فليحمل المذكور على الواقع الجائز باقٍ كان في مسجد ذي نزٍّ والإسطوانات لا تثبت إلاّ بذلك من باب عمارة المسجد.

وتلك الأشجار لا تخرج حينئذٍ عن كونها زيادة في إسطوانات له محتاجٌ إليها فلا يشمله النّص المذكور ولا القاعدة الشّائعة جمعاً بين إشارة كلامهم

---

(1) رواه ابن ماجه (١٢٢١) عن عائشة ﵂. وفي إسناده: إسماعيل بن عياش، وقد روى عن الحجازيين، وروايته عنهم ضعيفة. وأجاب الزيلعي في نصب الراية (١/ ٣٧) بأن إسماعيل بن عياش، قد وثقه ابن معين وزاد في الإسناد: عن عائشة، والزيادة من الثقة مقبولة.

وصريح عبارتهم. إذ هو أولى من إبطال أحدهما على أنه لو ذهب ذاهبٌ إلى قيـام التعارض مع عدم تأتي الجمع بينهما كما ذكرنا لقدّم عدم الجواز على الإشارة وهي هنا الجواز، وخصوصاً في هذه المسألة، فإنّ العبادة على وقف يقتضي الدليل الشرعي بخلاف الإجازة.

ثم مما أوضحناه من النص والقاعدة عرف أنه لا يقال: لم لا يجوز البقاء نظراً إلى ما يؤول إليه غرسها من انتفاع المسجد بثمرتها وإن كان الابتداء غير جائز؟ مع أنّ هذا في نفسه كلامٌ فاسد الاعتبار كما يعرفه من يعرف الأصول.

فإنّ من المعلوم: أنّ المسجد ما وضع للاستغلال وإن فعل هذا منافٍ لوصفه شرعاً على أنّه غيـر خافٍ بقليل تأمّل إن فتح هذا [١٢٢/ أ] الباب قد يؤدي إلى استغراق المسـجد أو أكثره بالغرس بواسطة كثرة نوادر الغارسين فيه فيؤدي إبقاء ذلك فيه إلى جعله بستاناً ونحوه.

وما أظنّ أنّ أحداً من أئمة الدين يقول به، ثم يلزم تعيّن هذا أنّه إذا بنى بانٍ في المسجد للمسجد ما يستغل منه من نحو دكانٍ أنّه يبقى فيه لهذا القصد، وأنّه إذا شغل شاغل بقعة منه بأمتعةٍ ونحوها أنّه يبقى ذلك بأجرة مثلها، فإنّ كلاً من هذه الأمور لا يجوز إحداثه ابتداءً، وحيث جاز البقاء في الأوّل للانتفاع بالثّمرة يجوز في هذين للانتفاع بالغلّة إذ المشاركة في الغلّة توجب المشاركة في الحكم بـل يكون الجواب في هـذين بطريق الأولى، فـإنّ الثمرة موهمة الحصول في الشـجرة بعـد حين، فإنّ كثيـراً من الأشجار، لا يخـرج الثمرة المعتبرة. وكثيرٌ منها: إن أخرجها لا يخرجها إلاّ بعد سنين، ثم بعد ذلك قد تطرأ فيهـا آفةٌ من الآفات فيدخل هذا الوهم البعيد في حكم الفوات بخلاف هذين وخصوصاً الثاني منهما. وثبوت هذا الحكم فيها لا يقول به عاقلٌ مشرعٌ.

ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

* تذييل:

ومن العجب العجاب: ما فاه به وفيه بعض من أخطاء، فما الصّواب؟ وهجم على الإفتـاء على مذهب الإمام أبي حنيفة، مما لا تقوم به رواية عن أحدٍ من الأصحاب ولا دراية عند أولي الألباب، فغضب من غير ما جرم عند العوامّ، زاعمـاً جواز الغرس وحرمة القلع لعلّـه يرى أنـه من رؤى البعض، وَالإِلْزام.

واسـتند في هذه الدّعاوى إلى ما قدّمناه في التنبيه. وقد أوضحنا فيه: أنّ كلاً من عدم جواز إحداث الغرس ومن عدم جواز إبقائه هو القول الوجيه.

وإلى ما في خلاصة الفتاوى وغرس الأشجار في المسجد لا بأس به إذا كان فيه نفعٌ للمسجد بأن كان المسجد ذا نزٍّ والإسطوانات لا تستقر بدونها وبدون هذا لا يجوز. انتهى.

فصحف ذا نزٍّ بالذال والنون والزاي المشددة. أي: صاحب نزٍّ.

وفي الصَّحاح: النّز والنُّز ما يتحلّب من الأرض من الماء. وقد نـزّت الأرض صارت ذات نزٍّ. انتهى إلى دثر بالدال المهملة والثاء المثلثة والزاي؛ أي: خرابٍ. فسجّل على نفسه بأنه كما لا يفهم [١٢٢/ ب] المعنى قد صحّف المبنى، ثم هذا مع قوله: والإسطوانات لا تستقر بدونها في إفادة كون الضبط على ما ذكرناه وما له من المعنى من الوضوح بحيث لا تخفى على من له مَسْكة من فهم معنى أصل التركيب العربي كما هو وظيفة أدنى العوام، ثم حيث كان اللفظ على ما ذكره من التصحيف. فالواقعة التي هي مثالٌ، ذكر هذه المسألة، إنّما هي في عامر آهلٍ وهو المسجد الأقصى.

ومن المعلوم: إنّما يجوز في الخراب لا يلزم أن تجوز في العامر، وخصوصاً: إن خرج عن المسجدية بالدثور. كما هو أحد قولي العلماء فيه، ثم يا ليت شعري ما يصنع بقوله: وبدون هذا لا يجوز، فإنه نصٌّ مفسّر في إفادة أنه إذا لم يكن داثرٌ لا يجوز الغرس فيه كما هو الصّواب.

وفي إفادة أنه إذا لم يكن خراباً لا يجوز الغرس فيه على ما وقع من التصحيف. فكيف يستدل به على جواز الغرس إذا كان عامراً آهلاً ليس بذي نزٍ وإنَّ هذا لجديرٌ.

وكم من عائبٍ قولاً صحيحاً ... وآفته من الفهم السقيم

وبالمثل السّائر: سكت ألفاً وقال خلفاً.

اللهم أعذنا من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، وتُب علينا توبةً نصوحاً، إنك أنت التواب الرحيم، وأرنا الحقّ حقاً وارزقنا اتباعه، والباطل باطلاً وارزقنا اجتنابه، وعلّمنا ما ينفعنا، وانفعنا بما علّمتنا، إنك سبحانك ذو الفضل العظيم. وحسبنا الله ونعم الوكيل.

هذه المسألة من كلام المرحوم شمس الدين بن أمير حاج الحلبي، ألّفها بالقدس الشريف في عودةٍ من الحج سنة ٨٧٩هـ وقد سئل عن الغرس بالمسجد الأقصى.

فأجاب بما ذكر، ووافقه الشيخ كمال الدين بن أبي شريف الشافعي(١).

---

(١) قال السيوطي في نظم العقيان في أعيان الأعيان (ص٥٤) الترجمة (١٦٦): محمد ابن محمد بن أبي بكر بن علي بن مسعود بن رضوان المري القدسي، الشيخ كمال الدين أبو المعالي ابن أبي شريف الشافعي، ولد في ذي الحجة سنة اثنتين =

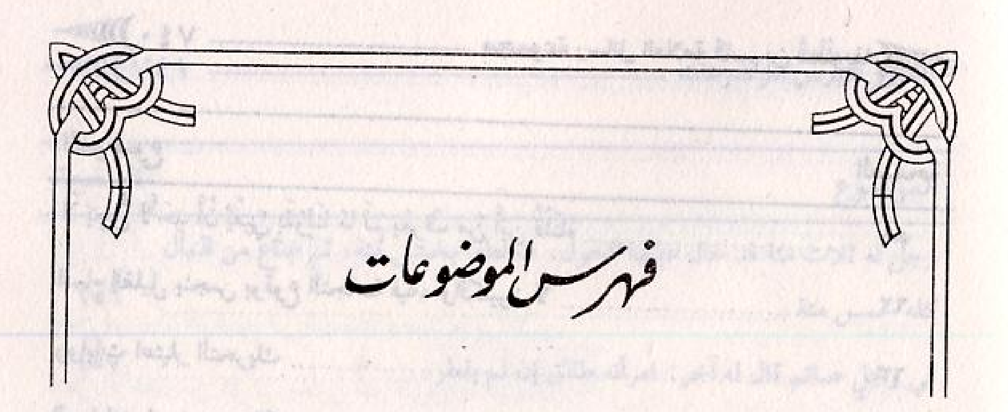
وخالفهما بعض الحنفية حين لجأ إليه العوام لما استبشعوا القلع معتمداً كلام صاحب الخلاصة مع ما احتوى عليه من التصحيف.

ومن الشافعية [١٢٣/أ] من يقصد خلاف ابن أبي شريف.

تمت الفوائد بعون الله وكرمه وإحسانه وحسبنا الله ونعم الوكيل [١٢٣/ب].

❏ ❏ ❏

= وعشرين وثمان مئة، وأخذ عن: الشهاب ابن رسلان، والحافظ ابن حجر، والشيخ عبد السلام البغدادي، والكمال بن الهمام، وغيرهم. ولازم خدمة العلم، فبرع في الفقه والأصلين، والعربية، وغيرها. وتصدّى للتدريس والإفتاء والتأليف. ومن تصانيفه: حاشية على شرح العقائد للتفتازاني، وحاشية على شرح جمع الجوامع للجلال المحلي، وشرح الإرشاد في الفقه لابن المقرئ. وانظر البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (٢/ ٢٣٥).



فهرس الموضوعات

(٧)

الفوائد الجلية في مسألة اشتباه القبلة

(٨)

أحكام القهقهة

(٩)

الأصل في بيان الفصل والوصل

(١٠)

الأسوس في كيفية الجلوس

(١١)

تحرير الأقوال في صوم الست من شوال

الموضوع | الصفحة

(٢٣)

مسألة في

طلاق المريض زوجته

الموضوع | الصفحة

(٢٤)

[رسالةٌ في]

حفر المربعات

(٢٥)

حكم الخلع

وحكم الحنبلي فيه

□□□

الكفاءة في النكاح

للشيخ الفقيه المحدث قاسم بن قطلوبغا

٨٠٢ - ٨٧٩هـ

رحمه الله تعالى

تحقيق

الدكتور عبد الستار أبو غدة

أسهم بطبعه بعض أهل الخير من أهل الحرمين الشريفين ومحبيهم

مقدِمَة التحقيق

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الزواج له أهداف سامية جاءت بها الشريعة الإسلامية، فهو يهدف إلى إعفاف كلٍّ من الرجل والمرأة عن الوقوع في الحرام، وحفظ النوع الإنساني بالإنجاب، وبقاء نسل الزوجين واستمرار من يخلفهما، وبوجه عام شُرع الزواج لإنشاء الأسرة التي يتكون منها المجتمع، بحيث يتعاون الزوجان في تحمل أعباء الحياة، وتحصل بينهما المودّة والرابطة المقدسة التي سمّاها الله عزّ وجلّ، ﴿مِّيثَٰقًا غَلِيظًا﴾ [سورة النساء، الآية ٢١].

وقد امتنّ الله تعالى على الناس بهذه النعمة بقوله: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾.

ولتحقيق ما للزواج من أهداف كان بين شروطه (الكفاءة بين الزوجين) فإذا كان الزوج كفئاً للزوجة وقع الزواج لازماً غير قابل للفسخ إلّا بسبب آخر، وشرط الكفاءة من شروط لزوم العقد، وشروط اللزوم تختلف عن شروط الصحة حيث إن الزواج بزوج غير كفء للزوجة يقع صحيحاً لكنه قابل للفسخ.

والكفاءة ليست حقًّا للشرع، بل هي من حقوق العباد، فهي حق

للمرأة، وهي كذلك حق لأوليائها كلهم القريب منهم والبعيد، فيصح التنازل عن هذا الحق كبقية الحقوق.

والأولياء إذا قاموا بتزويج المرأة من رجل غير كفء لها ولم ترضَ يحق لها طلب فسخ الزواج من القاضي، دفعاً لما يلحقها من الضرر المعنوي، وهو ضرر يؤدي لتعطيل أهم أهداف الزواج وهو المودة والألفة واستقرار وجود الأسرة.

وكذلك الحكم إذا قامت المرأة بتزويج نفسها من غير كفء فللأولياء طلب الفسخ، وهذا إذا لم يوجد ما يمنع الفسخ كما هو مبين في موطنه من كتب الفقه.

واشتراط الكفاءة للزوم الزواج يحقق ـ كما سبق ـ مقاصد الزواج، وهو انتظام التفاهم والتعاون بين الزوجين، لأنه لا يتحقق إلّا بين المتكافئين بحسب الأعراف والعادات والسائد في المجتمعات.

وروى ابن ماجه أن فتاة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوَّجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل رسول الله الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء[1].

وقد جاءت نصوص صريحة في بيان حق المرأة بأن تزوج من كفء لها، فمن ذلك قوله ﷺ: «ألا لا يزوج النساءَ إلّا الأولياء، ولا يُزَوَّجْن إلّا من الأكْفاء»[2].

---

(١) «نيل الأوطار» (٦/٧).

(٢) رواه البيهقي والدارقطني.

والكفاءة حق في صالح المرأة لا في صالح الرجل، فلا يشترط في المرأة أن تكون مساوية للرجل أو مقارنة له، في حين يشترط في الرجل أن يكون مماثلاً للمرأة أو مقارباً لها في أمور الكفاءة، لأن الرجل لا يُعيّر بزوجة أدنى منه حالاً، أما المرأة والأولياء فيعيَّرون إذا كان الزوج أقل من المرأة منزلة.

والأمور التي تراعى فيها الكفاءة:

الدين: فالفاسق ليس كفئاً للمرأة المستقيمة.

والنسب أو المنصب: إذا كان الزواج بين القبائل التي تعتني بحفظ أنسابها، والعرب بعضهم أكْفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، ورجل برجل...

والغنى: لأن المرأة الموسرة تتضرر من إعسار زوجها.

والمهنة: فصاحب الحرفة الدنيئة ليس كفئاً لفتاة لأهلها مهنة رفيعة المستوى بحسب العرف.

والسلامة من العيوب المخلَّة بالمعاشرة أو المنفِّرة: كالجنون والجذام والبرص... إلخ.

وأمور الكفاءة تختلف باختلاف الزمان والبلدان والعادات والبيئات، فإذا كان العرف السائد أن أمراً منها لا يعتبر من متطلبات الكفاءة فإنه يرجع إلى العرف، والعرف ـ كما هو مقرر ـ معتبر في الشريعة، ففي القاعدة الفقهية الكلية:

«العادة محكَّمة»، ولذا قال بعض الفقهاء:

والعُرف في الشرع له اعتبارُ   لذا عليه الحكم قد يُدارُ[1]

فإذا تغيرت نظرة المجتمع إلى النسب مثلاً، أو الحرفة، باعتبار أن العمل بأي مهنةٍ ليست محرَّمةً هو شرفٌ للإنسان، فالعبرة بذلك العرف.

أما إذا كان المجتمع يعطي هذه الأمور ـ كما في بعض البلاد ـ دوراً أساسياً، ولو كان ذلك خلاف القيم المثالية، فإنها تعتبر من أمور الكفاءة لأنها تؤثر في تعطيل مقاصد الزواج التي هي السكَن النفسي، والالتئام، والصحبة، والعشرة بالمعروف، والألفة، والمودة، فهذه قلَّما تتحقق إلاَّ بين الأكْفاء.

ولا يخفى أن المرجع في ذلك تقدير القضاء في ضوء الرصد الدقيق للعرف ونظرة المجتمع، فإذا تبين للقاضي اعتبار شيء من ذلك وتوقع حدوث الأثر السلبي على الزواج من فقدانه، فإنه يقوم بفسخ الزواج، وهذا فيما إذا أصرَّت الزوجة على طلب الفسخ.

وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية باعتبار الكفاءة وحق الفسخ[2].

هذا، وقد عُني المؤلف في هذا الكتاب ببيان مفهوم الكفاءة وتمييزها عن العيوب الموجبة لفسخ النكاح، سواء ما يشترك فيه الرجال

(١) انظر: نشر العَرف في أحكام العُرف، من رسائل ابن عابدين.
(٢) قانون الأحوال الشخصية السوري المادة ٢٦، والمادة ٣٢.

والنساء أو يختص به أحدهما، ثم شرح أهم عناصر الكفاءة، وهو النسب، والحرفة، مع تحقيق نفيس في أثر العرف على هذين العنصرين.

كما أنه اهتم كثيراً بدليل مشروعية الكفاءة من المنقول مع إيراده الأحاديث بأسانيدها وتخريجها وبيان درجتها، وكذلك تكلم عن حكمة مشروعية الكفاءة.

وقد عرض تلك البيانات في خمسة مواطن هي التي أوردت عناوينها في المقدمة التي زدتها نظراً لنقص صفحة من أول المخطوطة.

❑❑❑

ترجمة المؤلف (١)

اسمه، ونسبه، وشهرته:

هو زين الدِّين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا بن عبد الله الجمالي، ومعنى (قطلوبغا) الفحل الميمون. و (الجمالي) نسبة إلى جمال الدِّين سودون الشيخي الجركسي نائب السلطنة، وهو الذي أعتق قطلوبغا بعد أن كان مملوكًا له، وهو من المماليك المستقدمين للجيوش من القوقاس كما قال الكوثري رحمه الله.

قال السخاوي: وربما لُقِّب (شرف الدِّين).

وشهرته (قاسم الحنفي) وهكذا كان يعرِّف نفسه في أوائل كتبه أو خواتمها.

مولده:

وُلد في المحرم سنة (٨٠٢هـ ـ ١٣٩٩م)، ومات أبوه وهو صغير فنشأ يتيمًا.

---

(١) الضوء اللامع، للسخاوي ٦/ ١٨٤، شذرات الذهب، لابن العماد ٧/ ٣٢٦، البدر الطالع، للشوكاني ٢/ ٤٥، فهرس الفهارس، للكتاني ٢/ ٣٢١، هدية العارفين، للبغدادي ١/ ٨٣٠، وليام آلوورد ٩/ ٤٣٨، بروكلمان ٢/ ٨٢ وملحقه ٢/ ٩٣، وتقديم الكوثري لكتاب المؤلف «منية الألمعي».

نشأته العلمية وشيوخه:

سمع تجويد القرآن على الزراتيتي، وبعض التفسير على العلاء البخاري، وحفظ كتبًا عرض بعضها على العز بن جماعة.

وأخذ علوم الحديث عن التاج أحمد الفرغاني النعماني قاضي بغداد، والحافظ ابن حجر.

وأخذ الفقه عن العلاء البخاري، والسراج قارىء الهداية، والمجد الرومي، والنظام السيرامي، والعز عبد السلام البغدادي، وعبد اللطيف الكرماني.

وأخذ أصول الفقه عن العلاء البخاري، والسراج قارىء الهداية، والشرف السبكي.

وأخذ أصول الدِّين عن العلاء البخاري، والبساطي.

وقرأ سنة ٨٣٢هـ على السعد بن الديري شرحه لعقائد النسفي.

وأخذ الفرائض والميقات عن ناصر الدِّين البارنباري وغيره، واستمد فيها وفي الحساب كثيرًا بالسيد علي تلميذ ابن المجدي.

وأخذ العربية عن العلاء البخاري، والتاج الفرغاني، والمجد الرومي، والشرف السبكي. والصرف عن البساطي، والمعاني والبيان عن العلاء البخاري، والنظام السيرامي، والبساطي. وأخذ المنطق عن الشرف السبكي.

واشتدت عنايته بملازمة ابن الهمام بحيث سمع عليه غالب ما كان يقرأ عنده في هذه الفنون وغيرها، وذلك من سنة ٨٢٥هـ حتى مات.

وكان معظم انتفاعه به. ومما قرأ عليه الربع الأول من شرحه للهداية، وقطعة من «توضيح» صدر الشريعة، وجميع «المسايرة».

تلاميذه:

قال السخاوي، وهو أحد تلاميذه: تصدى للإفتاء والتدريس قديمًا، وأخذ عنه الفضلاء في فنون كثيرة. وأسْمَعَ من لفظه جامعَ مسانيد أبي حنيفة بمجلس الناصري ابن الظاهر جقمق بروايته له عن التاج النعماني بسنده عن مؤلفه الخوارزمي، وكان الناصري ممن أخذ عنه واختص بصحبته، بل هو فقيه أخيه الملقب بعد بالمنصور.

قال السخاوي: وممن كتب عنه من نظمه ونثره البقاعيُّ وبالغ في أذيته... وعظم انتفاع الشرف المناوي به، وكذا البدر بن الصوَّاف... ثم مسه منهم غاية المكروه... وقد صحبتُه قديمًا وسمعت منه مع ولدي...

شمائله:

قال السخاوي في الضوء اللامع (٦/ ١٨٨): هو إمام علامة قوي المشاركة في فنون، ذاكر لكثير من الأدب ومتعلقاته واسع الباع في استحضار مذهبه وكثير من زواياه وخباياه، متقدم في هذا الفن طلق اللسان قادر على المناظرة وإفحام الخصم لكن حافظته أحسن من تحقيقه، مغرم بالانتقاد ولو لمشايخه حتى بالأشياء الواضحة، والإكثار من ذكر ما يكون من هذا القبيل بحضرة كل أحد ترويجًا لكلامه بذلك، مع شائبة دعوى ومشاحة، كثير الطرح لأمور مشكلة يمتحن بها وقد

لا يكون عنده جوابها، ولهذا كان بعضهم يقول: إن كلامه أوسع من علمه، وأما أنا فأزيد على ذلك بأن كلامه أحسن من قلمه. مع كونه غاية في التواضع وطرح التكلف وصفاء الخاطر جدًا وحسن المحاضرة لا سيما في الأشياء التي يتحفظها، وعدم اليبس والصلابة، والرغبة في المذاكرة للعلم وإثارة الفائدة، والاقتباس ممن دونه مما لعله لم يكن أتقنه. وقد انفرد عن علماء مذهبه الذين أدركناهم بالتقدم في هذا الفن وصار بينهم من أجلة فرسانه.. وقُصد بالفتاوى في النوازل والمهمات...

معيشته:

قال السخاوي: تكسب بالخياطة وقتًا، وبرع فيها، بحيث كان ـ فيما بلغني ـ يخيط بالأسود في البغدادي فلا يظهر!

وقال السخاوي أيضًا: لم يَلِ ـ مع انتشار ذكره ـ وظيفةً تناسبه، بل كان في غالب عمره أحد صوفية الأشرفية. نعم استقر في تدريس الحديث بقبّة البيبرسية عقب ابن حسان، ثم رغب عنه بعد ذلك لسبط شيخنا (ابن حجر). وقرره جانبك الجداوي في مشيخة مدرسته التي أنشأها بباب القرافة، ثم صرفه وقرر فيها غيره. ولكنه كان قبيل هذه الأزمان ربما تفقده الأعيان من الملوك والأمراء ونحوهم فلا يدبر نفسه في الارتفاق بذلك، بل يسارع إلى إنفاقه ثم يعود لحالته، وهكذا مع كثرة عياله وتكرر تزوجه. وبالجملة فهو مقصر في شأنه. . وكان مسكنه ضيقًا فعرض بعض أصحابه عليه السكنى في مكان أوسع لكنه لم يوافق. ورتب بعضهم له معاليم مالية إلَّا أنه أدركته الوفاة قبل ذلك.

مكانته العلمية:

أثنى عليه من ترجموا له، وبخاصة السخاوي وقد رد على البقاعي الذي تكلم فيه بما لا ينبغي. وقد ذكروا أنه مهر في علوم العربية والقراءات والتفسير والحديث والفقه والأصول والمنطق والكلام وسائر العلوم.

وكان واسع الحفظ حتى قيل: إنه كان يحفظ عن ظهر قلب زوائد الدارقطنيّ أو رجاله الزائدين عن رجال السُّنَّة، من غير مراجعة الكتب.

مؤلفاته:

ذكرنا مؤلفات الإمام ابن قطلوبغا بالتفصيل في مقدمة تحقيقنا لكتاب «تحرير الأقوال في صوم الست من شوال» من سلسلة لقاء العشر الأواخر رقم (٢٦)، فلتراجع هناك.

من نظمه:

ذكر السخاوي أنه نقل كثيرًا من نظم المؤلف. وأورد من ذلك رده على من قال:

إن كنت كاذبة الذي حدثتني ... فعليك إثم أبي حنيفة أو زُفَر

الواثبين على القياس تمردًا ... والراغبين عن التمسك بالأثر

وذلك بقوله:

كذب الذي نسب المآثم للذي ... قاس المسائل بالكتاب وبالأثر

إن الكتاب وسنة المختار قد ... دلَّا عليه فدع مقالة من فشر

وفـاتـه:

تُوُفِّي ليلة الخميس رابع ربيع الآخر سنة ٨٧٩ عن سبع وسبعين سنة. وصلي عليه من الغد تجاه جامع المارداني في مشهد حافل. ودفن على باب المشهد المنسوب إلى عقبة بن عامر رضي الله عنه عند أبويه وأولاده.

قال السخاوي: تعلل (مرض) الشيخ مدة طويلة بمرض حاد، وبحبس الإراقة (البول) والحصاة وغير ذلك. وتنقل لعدة أماكن إلى أن تحول قبيل موته بيسير بقاعة بحارة[1] الديلم فلم يلبث أن مات.

❑❑❑

(١) كذا في الضوء اللامع ٦/١٨٩.

المخطوطة ومنهج العمل في تحقيقها

مخطوطة هذا الكتاب هي ضمن مجموع يشتمل على عدة كتب وتشغل منه تسع ورقات، وقد وقع نقص في أولها بمقدار ورقة واحدة. وهي من المخطوطات المقتناة للعم العلاَّمة الشيخ عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله تعالى، وقد أذن بالانتفاع بها، ومسطرة الصفحة ١٩ سطراً، ومقاسها ٢٠ × ١٥ سنتمتر، وهي بخط أحمد بن الملا الشافعي، وتاريخ نسخه لها عام ٩٧٧هـ بقرية (كفر جالس)، وهي من توابع بلدة (سرمين) بقرب حلب في سورية، وهي حالياً تتبع محافظة إدلب.

والمخطوطة متقنة من حيث النص لكن خطها فيه ربط بعض الحروف أو اختزال صورتها، فضلاً عن خلو معظم الكلمات عن النقط.

وقد بذلت في تحقيقها الوسع باستكمال ما هو معهود في التحقيق مما لا داعي لسرده.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

❑❑❑

والبرص وبعض اخصال منها يستويان وهما الجب والخصاء وفي
مقابلتهما من النساء القرن والرتق واما العيوب التي لا
توجب الرد ولكن يمنع منها النفس كالعمى والقطع والزمانة وتشويه
الصورة فهي معتبرة وجهان ايضا اعتبارها كالعيوب لعدم ما يرجع
في عموم المناكح وما بها لعموم لنفور النفوس منها واردا في معنى
الحائل المنصب واستدلوا على اشتراطها بالمنقول
والمعقول اما المنقول فقوله صلى الله عليه وسلم الا لا
تزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه الدارقطني
والبيهقي في سننيهما عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة ثم
قال الدارقطني مبشر بن عبيد متروك الاحاديث احاديثه لا
يتابع عليها وقال البيهقي هذا حديث ضعيف وفي اعتبار
الكفاءة احاديث لا يقوم باكثرها الحجة وذكره ابن حبان في الضعفاء
وقال مبشر بن عبيد يروي عن الثقات الموضوعات لا يحل كتبه
حديثه الا على جهة التعجب وقال ابن القطان في كتابه هو كما
قال لكن يبقى عليه الحجاج بن ارطاة وهو ضعيف ومدلس عليه
الضعفاء واستدلوا ايضا بحديث قريش بعضهم اكفاء لبعض
بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي
بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل الا حائك او حجام قال
هذا حديث رواه الحاكم من الاصم من الضعفاء من شجاع

صورة الورقة الثانية من المخطوطة

اذا تعارض ضرب من ترجيح فالترجيح الراجع الى الذات اولى فعلى هذا
الفقيه العجمي كفو للقرشية الشريفة العلوية وان كان العجمي
لا يكون كفوا للعربي لما حاز الفضيلة وكذا الفقيه الفقير
كفو للغني الجاهل وقال اصحابنا الحسب كفو للنسب
معلى في العامه وغيره ان شرف الحسب اقوى من شرف النسب حتى
ان الفقيه العجمي كفو للعلوية ذكره قاضي خان والعتابي في جوامع
الفقه وفي المحيط عن ابي يوسف اذا كان الفاسق ذا
مروءة فهو كفو والمشايخ قالوا اراد به اعوان السلطان فاذا
كان هذا في الاعوان فكيف بالخاصة الذين هم اعضاد الدولة
واركانها وعن محمد اذا كان الفاسق محترما معظما عند الناس
كاعوان السلطان وغيرهم يكون كفوا وهؤلاء الامراء واعيان
الدولة يعظمهم الناس ويترددون الى ابوابهم لقضاء حوائجهم
ويقبلون ايديهم فهم احق بكونهم اكفاء وفي شرح الطحاوي
للامام الاسبيجابي عن محمد رحمه الله انه اذا كان الفاسق يسكر
انه لا يكون كفوا واذا كان فاسقا مستترا ولا يعرف عيبا
كما لو كان فاسقا سكرانا الدماء فهذا يكون كفوا والله اعلم محرره
محمد [illegible] في مجلس واحد على يد اضعف العباد احوجهم الى الله
[illegible] عام [illegible] وستين
والتسعمائة [illegible]

صورة الورقة الأخيرة من المخطوطة

لِقَاءُ العَشْرِ الأَوَاخِرِ
بِالمَسْجِدِ الحَرَامِ
(٤٠)

الكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ

لِلشَّيْخِ الفَقِيهِ المُحَدِّثِ قَاسِمِ بْنِ قُطْلُوبُغَا
٨٠٢ - ٨٧٩هـ
رحمه الله تعالى

تحقيق
الدكتور عبد الستار أبو غدة

بسم الله الرحمن الرحيم

[(١)الحمد لله، وصلَّى الله وسلَّم على سيدنا محمد وآله وصحبه.

وبعد، فإن أحكام الكفاءة ـ مع أنها وقع تفصيلها في كتاب النكاح من كتب الفقه في المذاهب المختلفة ـ تشتمل على مسائل تحتاج إلى تحقيق المراد منها، وقد اقتصرت عليها وجعلتها على خمسة مواطن، هي:

الموطن الأول: الأشياء المعتبرة في الكفاءة، وعيوب النكاح.

الموطن الثاني: الكفاءة حق للأولياء، وللزوجة، دون الشرع.

الموطن الثالث: اشتراط الكفاءة معقول المعنى.

---

(١) هذه المقدمة مزيدة لاستكمال المتبع في المؤلفات بالقدر الضروري، ويليها جزء يسير من الكلام في الموطن الأول إلى كلمة «الجذام» ص ٢٢، تم استخلاصه من كتب الفقه في ضوء السياق الذي جرى عليه المؤلف. وقد يكون فيما نقص من أول المخطوطة، وهو صفحة واحدة، بيان سبب التأليف، كما هو المعهود، وهو ما لم يمكن التعرف إليه.

الموطن الرابع: اختلاف الكفاءة باختلاف الزمان والبلدان والعادات.

الموطن الخامس: اكتساب الفضائل يقابل النسب والحرية.

ونشرع في الكلام على هذه المسائل.

❑ ❑ ❑

الموطن الأول

الأشياء المعتبرة في الكفاءة، وعيوب النكاح

أما الأشياء التي تعتبر في الكفاءة، فهي:

١ ـ النسب، فقريش بعضهم أكْفاء لبعض، والعرب بعضهم أكْفاء لبعض. وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكْفاء، ومن أسلم بنفسه، أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفئاً لمن له أبوان، ومن أسلم بنفسه لا يكون كفئاً لمن له أب واحد في الإسلام.

٢ ـ الدين، فالمسلم الفاسق ليس كفئاً للمرأة التقية الصالحة.

٣ ـ المال، وذلك بأن يكون مالكاً للمهر والنفقة.

٤ ـ الصنائع، فالحجَّام ليس كفئاً لابنة التاجر.

٥ ـ الحرية.

وأما الأشياء التي هي عيب في النكاح، فمنها ما يوجب الرد، ومنها ما لا يوجب الرد.

[العيوب التي توجب الرد]:

أما العيوب التي توجب الرد: فيشمل منها الرجال والنساء ثلاثة أشياء هي:

ـ الجنون،

ـ والجذام،][١].

ـ والبرص[٢].

ويختص الرجال منها بشيئين، وهما: الجَبُّ، والخصاء[٣].

وفي مقابلتهما من النساء: القَرْن والرتَق.

---

(١) انتهت البيانات المستمدة من كتب الفقه، وبخاصة «فتح القدير» (٢/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤)، واخترته لأن ابن الهمام شيخ المؤلف، وبذلك يتم استدراك النقص الذي وقع في أول المخطوطة، وهو صفحة واحدة. وقد أوردت تلك البيانات مجملة لمراعاة الغرض الأساسي من الكتاب، وهو المسائل المهمة من موضوع الكفاءة، وليس تفصيل ما عنيت به المدوّنات الفقهية.

(٢) قال ابن الهمام: «ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع، كالجذام والجنون والبرص والبخَر والدفَر إلَّا عند محمد في الثلاثة الأول، أعني الجنون والجذام والبرص إذا كان بحال لا تطيق المقام معه.

فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد، إلَّا أن الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي، وكذا في أخويه عنده». «فتح القدير» (٢/ ٤١٩)، ويقصد ابن الهمام بأخوي الجنون: الجذام والبرص.

(٣) أورد المرغيناني في الهداية أدلة أبي حنيفة وأبي يوسف وأدلة محمد. ثم قال: وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، وهذه العيوب غير مخلة به، فافترقا. «الهداية وشرحها فتح القدير» (٣/ ٢٦٨).

[العيوب التي لا توجب الرد]:

وأما العيوب التي لا توجب الرد ولكن تنفر منها النفس: كالعمى، والقطع، والزمانة، وتشويه الصورة، ففي اعتبارها وجهان أيضاً:

أحدهما: لا تعتبر، لعدم تأثيرها في عقود المناكح.

وثانيهما: تعتبر، لنفور النفوس منها.

* * *

* وزاد في مغني الحنابلة: المنصب[١].

❑❑❑

---

(١) «المغني» مع «الشرح الكبير على متن المقنع» لابن قدامة (٧/ ٣٧٤)، والمراد أنهم زادوا على الأشياء المعتبرة في الكفاءة: الجاه والحسب.

[أدلة اشتراط الكفاءة]

واستدلوا على اشتراطها بالمنقول والمعقول:

[أدلة اشتراط الكفاءة من المنقول]:

أما المنقول فقوله ﷺ: «ألا لا يُزوِّجُ النساءَ إلاَّ الأولياءُ، ولا يُزَوَّجْنَ إلاَّ من الأكْفاء». رواه الدارقطني والبيهقي في سننيهما، عن مبشِّر بن عُبيد، عن الحجاج بن أرطاة. ثم قال الدارقطني: مبشِّر بن عُبيد متروك الأحاديث، أحاديثه لا يُتابع عليها.

وقال البيهقي: هذا حديث ضعيف، وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا تقوم بأكثرها الحجة، وذكره ابن حبان في الضعفاء وقال: مبشِّر بن عُبيد يروي عن الثقاتِ الموضوعاتِ، لا يحل كَتْبُ حديثه إلاَّ على جهة التعجب.

وقال ابن القطان في كتابه: هو كما قال، لكن بقي عليه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف ويُدلِّس عليه الضعفاء[1].

* * *

(١) قال ابن الهمام (شيخ المؤلف) في «فتح القدير» (٢/ ٤١٧) عن هذا الحديث: لكنه حجة بالتضافر والشواهد. ثم أورد أثر عمر: «لأمنعن فروج ذوات =

واستدلوا أيضاً بحديث: «قريش بعضهم أكْفاء لبعض، بطن ببطن، والعرب بعضهم أكْفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكْفاء لبعض، رجل برجل إلاَّ حائكاً وحجَّاماً».

قلت: هذا الحديث رواه الحاكم: حدثنا الأصم، حدثنا الصَّنعاني، حدثنا شجاع بن الوليد، حدثنا بعض إخواننا، عن ابن جريج، عن عبد الله بن أبي مليكة، عن عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «العرب بعضهم أكْفاء لبعض. . .»، الحديث إلى آخره. قال صاحب التنقيح: هذا حديث منقطع، إذ لم يسمِّ شجاعُ بن الوليد بعضَ أصحابه.

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده، من حديث بَقيَّة بن الوليد،

= الأحساب إلاَّ من الأكْفاء»، وحديث: «يا علي ثلاث لا تؤخرها».

وعن عائشة عن النبي ﷺ: «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكْفاء»، روي ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر، من طرق عديدة، فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن، لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ، وفي هذا كفاية.

ثم وجدنا في شرح البخاري للشيخ برهان الدين الحلبي ذكر أن البغوي قال: إنه حسن، وقال فيه: رواه ابن أبي حاتم، من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودي بسنده. ثم أوجدنا بعض أصحابنا السند عن الحافظ قاضي القضاة العسقلاني الشهير بابن حجر، قال ابن أبي حاتم: حدثنا عمرو بن عبد الله الأودي، حدثنا وكيع عن عباد بن منصور، قال: حدثنا القاسم بن محمد قال: سمعت جابراً رضي الله عنه يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ولا مهر أقل من عشرة». . من الحديث الطويل. قال الحافظ إنه بهذا الإسناد حسن ولا أقل منه.

عن زرعة بن عبد الله، عن عمران[1] بن أبي الفضل الأيلي، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً، نحوه سواء. قال ابن عبد البر: هذا حديث منكر موضوع، وقد روى ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر مرفوعاً مثله، ولا يصح عن ابن جريج.

ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاء[2]، وأعله بعمران بن أبي الفضل، وقال: إنه يروي الموضوعات عن الأثبات، لا يحل كَتْبُ حديثه.

ورواه ابن عدي في «الكامل»، وأعلَّه[3] بعمران وأسنده[4] عن النسائي وابن معين ووافقهما، وقال: الضعف على حديثه بيّن.

وقال ابن القطان: قال أبو حاتم: هو منكر الحديث ضعيف جدًّا، وبقيةٌ أحاديثه غير نقيّة، وهو مغموز بالتدليس.

وأخرجه الدارقطني عن محمد بن الفضل، عن عبد الله، عن ابن عمر مرفوعاً، ومحمد بن الفضل مطعون فيه.

ورُوي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة، وهو ضعيف بمَرَّة.

* * *

(١) في الأصل: «عمر»، والصواب: «عمران» كما جاء في «فتح القدير» (٢/ ٤٢٠)، وكما سيأتي بعد بضعة أسطر.

(٢) جاء في الأصل في المتن: «الموضوعات»، وكتب بالهامش كلمة «الضعفاء»، وهو الصواب.

(٣) في الأصل: «وعله».

(٤) في الأصل: «واستدل».

وحديثٌ آخر رواه البزار في مسنده: حدثنا محمد بن المثنى، حدثنا سليمان بن أبي الجون، [حدثنا][1] ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان، عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «العربُ بعضُهم أكْفاءٌ لبعض، والموالي بعضُهم أكْفاءٌ لبعض»، انتهى. وسكت عنه. وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار، وقال: إنه منقطع، فإن خالد بن معدان لم يسمع من معاذ. وقال ابن القطان في كتابه: هو كما قال، وسليمان بن أبي الجون لم أجد له ذكراً[2].

وأمثل ما يُستدلّ به حديثُ علي رضي الله عنه: «ثلاثة لا تؤخر: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيِّم إذا وجدت كفئاً».

قلت: هذا الحديث رواه الترمذي في الصلاة: حدثنا قتيبة حدثنا عبد الله ابن وهب، عن سعيد بن عبد الله الجهني، عن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال له: «يا علي، ثلاثة لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت. . .» إلى آخره.

وقال الترمذي في الجنائز: حديث غريب، وما أرى إسناده متصلاً.

(١) بياض في الأصل بمقدار كلمة، ولعلها «حدثنا» أو «عن».

(٢) أورد ابن الهمام نحو هذا الكلام عن سند الحديث، ثم قال: وبالجملة فللحديث أصل، فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن إثبات تفصيلها أيضاً بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به، فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك، خصوصاً وبعض طرقه ـ كحديث بقية ـ ليس من الضعف بذاك، فقد كان شعبة معظماً لبقية، وناهيك باحتياط شعبة، وأيضاً تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن. «فتح القدير» (٢/ ٤٢٠).

وصححه الحاكم في المستدرك، وقد عرفت مساهلته في باب التصحيح[1].

* * *

وقال البيهقي في «المعرفة»: «قال الشافعي: وأصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة، لأنه عليه الصلاة والسلام خيَّرها لأن زوجَها لم يكن كفئاً لها».

فهذا دليل على أن الشافعي لم تصحَّ عنده الأحاديثُ الصريحة في اعتبار الكفاءة حين استنبطها من هذا الحديث. لكن أصحابنا قالوا: قد اختلفت الرواية في أن بريرة أُعتقت وزوجها حرٌّ أو عبدٌ[2]؛ فإذا كان حرًّا فهو كفءٌ لها، لأنه كان من الموالي يقال له: مُغيث، وهي أيضاً من الموالي، فإن النبي عليه الصلاة والسلام، قال لها: «ملكتِ بُضعَك فاختاري». فرتَّب الاختيار على مِلكها البُضع، فيكون ذلك عِلَّةً له دون عدم الكفاءة، ولأن الطلاق عندنا يعتبر بالرجال فيزداد الملك عليها عند العتق، فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات، فتملك رفعَ أصل العقد، دفعاً لزيادة الملك عليها.

وعلى تقدير صحة أحاديث الكفاءة، تُحمل على الاستحباب دون الوجوب، جمعاً بين الدلائل من الطريقين.

[أدلة اشتراط الكفاءة من المعقول]:

وأما المعقول، وهو العمدة في الباب، فلأن المقصود من النكاح

---

(١) قال ابن الهمام: وقول الترمذي فيه: لا أرى إسناده متصلاً، منتفٍ بما ذكرناه من تصحيح الحاكم، «فتح القدير» (٢/٤١٧).

(٢) في الأصل المخطوط: وزوجت حراً وعبد.!! والسياق يقتضي ما ذكرنا. ويحتمل أن تكون: وزُوِّجت حراً أو عبداً.

انتظام المصالح، وهو إنما يتحقق بين المتكافئين عادة، إذ الشريفة تأبى أن تكون تحت الخسيس مستفرشةً له، فلا بدَّ من اعتبار الكفاءة، ولهذا لا تعتبر الكفاءة في حق النساء، حتى جاز للشريف أن يتزوج بالوضيعة، لأن الزَّوج حينئذ مستفرِش، فلا تضرُّه دناءةُ الفراش[1].

ولكنْ ذكر فخر الإسلام وشمس الأئمة ومن تابعهما من المشايخ أنه لا يجوز إثبات العلل والأسباب والشرائط بالقياس والمعقول، وإنما يثبت ذلك بالنصوص. فلا يصلح ما ذكروه من المعقول دليلاً على اشتراط الكفاءة[2].

❑ ❑ ❑

---

(١) قال صاحب «الهداية»: «لأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة»، وقال ابن الهمام في شرح ذلك: يعني أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر في مدة العمر، لأنه وضع لتأسيس القرابات الصهرية، ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً، يسرّه ما يسرّك، ويسوؤه ما يسوؤك، وذلك لا يكون إلَّا بالموافقة والتقارب، ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب «فتح القدير» (٢/٤١٨).

وقد أشار ابن الهمام (٢/٤١٧) إلى دليل من المعقول استدل به بعضهم، وهو اعتبار الكفاءة في الحرب للمبارزة كما وقع في غزوة بدر واستبعده لأن الكفاءة فيها بالقوة.

(٢) قال ابن الهمام: وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك، والثوري، والكرخي من مشايخنا، لما روي عنه ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على عجمي، إنما الفضل بالتقوى». قلنا: ما رويناه (أي من الأحاديث المثبتة لاعتبار الكفاءة) يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة، جمعاً بين الأدلة.

[الموطن الثاني

الكفاءة حق الأولياء والزوجة

دون الشرع]

والكلام في الموطن الثاني، وهو: أن الكفاءة حق الأولياء والزوجة دون الشرع.

لأن الأولياء لو زوّجوها بغير كفء برضاها، أو الأب والجد زوج الصغيرة بغير كفء جاز بالاتفاق.

ولو كانت الكفاءة حق الشرع لما سقطت بإسقاط غيره، كحرمة الربا فإنها لما كانت حقّ الشرع لم تسقط برضا المتبايعين.

ومما يؤيد ذلك أن النبي ﷺ، وهو سيد الأولين والآخرين، قد زوّج بنتيه من خديجة ــ وهي سيدة نساء العالمين في زمانها ــ من عثمان رضي الله عنه، وهو أسلم بنفسه، وقال: «لو أن لنا ثالثة لزوجناكها يا عثمان»، وهو ليس بهاشمي، بل من بني عبد شمس.

وكذا زوّج عليٌّ رضي الله عنه ابنته الصغيرة ــ وهي أم كلثوم ــ من فاطمة الزهراء رضي الله عنها من عمر رضي الله عنه، وهو أسلم

بنفسه، وهو غير هاشمي، بل هو عدوي(١).

❑❑❑

(١) قال صاحب «الهداية»: إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً للعار عن أنفسهم. ثم قال ابن الهمام في شرح ذلك: ما لم يجيء من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة في أحدهما وإن لم يقبض، وكالتجهيز ونحوه، كما لو زوجها على السُّكْت فظهر عدمها. . . ولا يكون سكوت الولي رضاً إلاَّ إن سكت إلى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق. . . وهذه الفرقة فسخ لا ينقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول، وبعده لها المسمى، وكذا بعد الخلوة الصحيحة، وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة.

ولا تثبت هذه الفرقة إلاَّ بالقضاء، لأنه مجتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبث بدليل، فلا ينقطع النزاع إلاَّ بفصل القاضي.

ثم قال ابن الهمام: ورضا بعض الأولياء المستوين في درجة كرضا كلهم ــ خلافاً لأبي يوسف وزفر لأنه حق الكل فلا يسقط إلاَّ برضا الكل، كالدَّين المشترك ــ قلنا: هو حق لهم لكن لا يتجزَّأ فيثبت لكل منهم على الكمال، كولاية الأمان، فإذا أبطله أحدهم لا يبقى، كحق القصاص. أما لو رضي الأبعد كان للأقرب الاعتراض. «فتح القدير» (٢/ ٤١٩).

[الموطن الثالث
اشتراط الكفاءة معقول المعنى]

والكلام في الموطن الثالث، وهو اشتراط الكفاءة معقول المعنى، وهو دفع العار عن الزوجة والآباء.

قال في «المحيط»: إن مقاصد النكاح، وهي[1] السكن والازدواج والصحبة والعشرة والألفة والمودة، قلما[2] تتحقق إلاَّ من الأكْفاء، لأن المرأة تأنف عن استفراش من لا يكافئها في النسب والمال، ويلحقُها التعييرُ من جهة الناس بذلك، فلا تمكّنه من نفسها فتفوت مقاصد النكاح.

وفي «الذخيرة» أن المرأة إذا زُوِّجَت من غير كفء فللولي أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يفسخ، وإن لم يكن الولي ذا رحم محرم منها، لأن حق الفسخ إنما يثبت لدفع العار، والولي يلحقه العار وإن لم يكن ذا رحم محرم منها.

(١) في الأصل: «وهو».

(٢) في الأصل: «وقلما»، وبذلك تصبح الجملة خالية من الخبر، لقطع (الواو) الكلام.

وقال الماوردي في «الحاوي»: «إن في النكاح بغير الكفء عاراً يدخل على الزوجة والأولياء، وغضاضةً تدخل على الأولاد يتعدى إليهم بعضها، فكان لها وللأولياء دفعه[1] عنهم وعنها.

فدلَّ تعليلهم بهذا على أن الحكم في الكفاءة دائر مع لحوق العار وجوداً وعدماً، وكل موضع يلحق به العار يثبت لهم الفسخ، وإلاَّ فلا. فينظر أن العار هل يلحق بالتزويج من ملوك الترك أم لا؟.

قلت: فكيف يلحق وغالب الناس يدخلون عليهم بالوسائط حتى يتزوجوا بناتهم، ويتفاخرون بالمصاهرة مع الترك، ولا سيَّما الأمراء منهم أو الخاصكية. فمن الناس في هذا الزمان من يتوسّط[2] أصحاب الجاه وحواشي الإمام حتى يتصل إلى كثير من هؤلاء بالمصاهرة.

❑ ❑ ❑

(١) أي: العار.

(٢) في الأصل: «يشترط».

[الموطن الرابع
اختلاف الكفاءة باختلاف الزمان والبلدان والعادات]

أما الكلام في الموطن الرابع، وهو الاختلاف باختلاف الزمان والبلدان والعادات، فقد ذكر[1] في «الهداية» و«المحيط» و«الذخيرة» وغيرها، أن من أسلم بنفسه لا يكون كفئاً لمن أسلم أبوه. وفي «الغاية» و«شرح الطحاوي» للإمام الاسبيجابي: قيل: هذا في موضع طال عهد الإسلام وامتدَّ فيه. أما إذا كان في مكان عهد الإسلام فيه قريب بحيث لا يعيّر به ولا يعدّ عيباً وعاراً ولا يلحق الشينُ والنقيصة فيه بذلك فلا يضر بالكفاءة.

فحينئذ لا يقع العار بالتزويج من ملوك الترك والأمراء وإن أسلموا بأنفسهم، خصوصاً إذا كانوا خاصكية السلطان ولهم عنده جاهٌ ومكانةٌ وتقدّمٌ في الوظائف الكبيرة وتقدِمة الألوف[2] ورئاسة النُوَب وغيرها من المراتب، وفيهم من هو مشتغل بالقرآن والفقه وفضائل نفسانية، بل يقع

(1) في الأصل: «وذكر».

(2) يقصد من يدعى من قادة الجيوش (المقدم) أو (مقدم ألف)، وهو من يترأس على ألف مقاتل.

التفاخر [به]، فهذا دليل على أن العار بذلك يختلف باختلاف الزمان والبلدان والأشخاص.

والدليل على اعتبار هذا أيضاً ما ذكره أصحابنا أن النسب لا يعتبر في الموالي والترك والعجم [لأنهم لا يفتخرون بها][1]، وإنهم ضيّعوا أنسابهم، بخلاف العرب فإن الافتخار بينهم بالأنساب، ويأنفون من تزويج بناتهم بالموالي وغيرهم ممن لا يكافئهم في النسب.

ومما يدل على أن الكفاءة تختلف باختلاف العادات والعصر والزمان ما ذكره أصحابنا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لم يعتبر الكفاءة في الصنائع، لأنه بَنَى الأمر على عادة العرب في زمانه، فإنهم كانوا يعملون هذه الصنائع ولا يتعيّرون بها، بل كانوا يرون الأكل من صنائعهم أفضل، فإنه رحمه الله كان يتّجر في البَزّ، وكانت الصحابة رضي الله عنهم يتّجرون، والنبي ﷺ خرج إلى الشام تاجراً.

وتغير ذلك في زمن الصاحبين فأجابا عن عادة زمانهما، فإنهم كانوا [لا] يتخذون تلك الصنائع حرفة ويتعيّرون بالدنيء منها.

وكذا الشافعية قالوا بأن التاجر لا يكون كفئاً لبنت القاضي والفقيه.

فلا يكون بينهم في الحقيقة خلاف.

وفي «الغاية»: هو اختلاف عصر وزمان، وكأنّ في زمن أبي حنيفة لم يعدّوا الدناءة في الحرفة منقصةً، لأنهم لم يكونوا ينظرون إلّا إلى التقوى.

(1) سقطت من متن المخطوط، واستدركها المؤلف في الهامش.

وفي «التحفة» هما أجابا عن عادة العجم، لأنهم يتخذون هذه الصنائع حرفة ويتعيّرون بالدنيء منها، فلم يكن بينهم خلاف، ففي بلد تكون عادتهم التعيير والتفاخر بالحِرَف تُعتبر فيه الكفاءة، وما لا فلا.

ومما يدل على هذا أيضاً ما ذكره المشايخ بما وراء النهر ـ على عادة بلادهم ـ أنه لا ينبغي لحنفي المذهب أن يزوج بنته لمن يخالف في المذهب، لوقوع العار بذلك في عرف بلادهم! لعدم وجود غيرهم، لا لنقص فيهم، بل للعرف. ولا يعتبر[1] ذلك في غيرها من البلاد التي اختلط فيها أرباب المذاهب.

فعلى هذا، في مصر استمرت العادة فيها بتزويج [المماليك][2] وإخوانهم من الأمراء المقدَّمين[3] أرباب الوظائف الكبيرة، ولم يسأل أحد عن نسبهم، ولم يقع بذلك عار بينهم في عادتهم من [ذلك][4]، والسبب في هذا أن ملوك الترك حين ملكوا البلاد وتسلطوا صار لهذا الجنس ميزة، ولا يستنكفون بذلك، وجرى العرف فيما بينهم بذلك، لكونهم في الأصل من جنس واحد.

□□□

(١) في الأصل: «وقد يعتبر»، والسياق يدل على أنه سهو.
(٢) بياض في الأصل بمقدار كلمة، ولعلها «المماليك».
(٣) في الأصل: «المتقدمين».
(٤) بياض في الأصل بمقدار كلمة، ولعلها «ذلك».

[الموطن الخامس
اكتساب الفضائل يقابل النسب والحرية]

وأما الموطن الخامس: فإنَّ قاضيخان وغيره من أصحابنا ذكروا عن أبي يوسف: أن من أسلم بنفسه أو أعتق واكتسب من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر وحرية آبائه كان كفئاً، لأن اعتبار ما في ذات الإنسان من الفضائل، كالدين، والعفة، والعلم، والشجاعة، وغير ذلك أولى من اعتبار غيره من الآباء والأجداد، لأن اعتبار ما بالذات أولى من اعتبار ما بالغير.

قال عليه الصلاة والسلام: «من أبطأ به عمله لم يُسرع به نسبه»[1]، وقال تعالى: ﴿فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَآ أَنسَابَ بَيْنَهُمْ﴾[2].

ولهذا قال أهل العلم: إن الشريف الرافضي أو المعتزلي أو الجبري أو القدري لا يكون كفئاً لغير الشريف السني، لوقوع العار في بلاد أهل السنَّة بذلك. فدلَّ على أن النظر فيما قام في ذاته من الفضائل والرذائل دون ما في آبائه.

(١) أخرجه الإمام أحمد ٢/ ٢٥٢.
(٢) سورة المؤمنون: الآية ١٠١.

وقد بنى أصحابنا على هذا الأصل مسائل:

منها: إذا تعارض ضَرْبا ترجيحٍ، فالترجيح الراجع إلى الذات أولى.

فعلى هذا: الفقيه العجمي كفء للقرشية الشريفة العلوية، وإن كان العجمي لا يكون كفئاً للعربي، لِما حاز من الفضيلة.

وكذا الفقيه الفقير كفء للغني الجاهل.

وقال أصحابنا: الحسيب كفء للنسيب. نقله في «الغاية» وغيره، لأن شرف الحسب فوق شرف النسب، حتى إن الفقيه العجمي كفء للعلوية، ذكره قاضيخان والعتابي في جوامع الفقه[1].

وفي المحيط عن أبي يوسف: إذا كان الفاسق ذا ثروة فهو كفء.

والمشايخ قالوا: إنما يريد به أعوان السلطان. فإذا كان هذا في الأعوان فكيف الخاصكية الذين هم أعضاء الدولة وأركانها؟

وعن محمد: إذا كان الفاسق محترماً معظماً عند الناس[2]، كأعوان السلطان وغيرهم، يكون كفئاً، وهؤلاء الأمراء وأعيان الدولة يعظمهم الناس ويترددون إلى أبوابهم لقضاء حوائجهم، ويقبِّلون أيديهم، فهم أحق بكونهم أكْفاء.

---

(١) أورد ذلك ابن الهمام، ونقل عن المحيط: الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب. ثم قال: ولا يعتبر بالبلاد. في تتمة الفتاوى: إن القروي كفء للمدني. «فتح القدير» (٢/ ٤٢١).

(٢) هذا وصف للواقع غير المرضي شرعاً، حيث يعظم بعض الناس ذا الجاه والمال ولو كان فاسقاً، مع أن الفاسق لا يستحق التعظيم شرعاً.

وفي «شرح الطحاوي» للإمام الإسبيجابي؛ عن محمد رحمه الله: أنه إذا كان الفاسق يحتقر به لا يكون كفئاً، وإذا كان فاسقاً يهاب منه ولا يعدونه عيباً، كما لو كان قتالاً سفاكاً للدماء، فهذا يكون كفئاً، والله أعلم[1].

□□□

---

(١) جاء بعد هذا في المخطوطة ما يلي: «نجز ذلك كتابة في مجلس واحد، على يد أضعف العباد أحمد بن الملا الشافعي، بقرية كفر جالس، من غربيات سرمين، عام سبع وسبعين وتسعمائة»، وقد جاءت بعد «والله أعلم» كلمة غير مفهومة وصورتها هكذا «محمد»!!!

* تمت المقابلة بقراءة كاتب هذه السطور على فضيلة الشيخ المحقق العلامة تفاحة الكويت ودُرَّتُها النفيسة محمد بن ناصر العجمي وبحضور الأخ الشيخ المربي مساعد العبد الجادر والأخ الشيخ المتفنن رمزي دمشقية وولدي عبد الرحمن، وهو الآن قد دخل في الثامنة حفظه الله ونفع به.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وذلك قبيل أذان المغرب ليلة السبت ٢٣ رمضان المبارك ١٤٢٢هـ بصحن المسجد الحرام تجاه الركن اليماني من الكعبة المشرفة. وصلَّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

كتبه

نظام محمد صالح يعقوبي

الفهرس

● ● ●